Erörterungen einzelner Lehren des Römischen Rechts.

Ein

Commentar

zu der achten Auflage

des

Pandekten-Rechts

von

F. A. J. Thibaut.

Herausgegeben

von

Dr. H. Froben.

Zweite Abtheilung.

Stuttgart,
Verlag von Franz Heinrich Köhler.
1836.

Illustrirten Blätter.

Drittes Buch.

Obligationen-Recht.

§. 445.

Ueber den Einfluß des Zorns auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts hatte man bisher verschiedene Ansichten. Einige sagten: das Geschäft ist in der Regel vollgültig und **l. 48. de R. J.** enthält nur in Betreff des **divortii** eine Ausnahme. Allein offenbar stellt dieß Gesetz erst eine Regel auf, welche es nachher blos auf das **divortium** anwendet, daher es offenbar verkehrt ist, wenn jene Parthei hier von einer Singularität des **divortii** redet. Eine zweite Parthei behauptet umgekehrt, jede im Zorn vollbrachte Handlung sey an sich nichtig. Allein in **l. 48. cit.** ist nur beschränkt gesagt: Sie ist nichtig außer **si perseverentia paruit animi judicium fuisse**; hiernach muß man denn durchaus diese **3** Fälle unterscheiden:

1) Der Zornige bleibt nachher ohne Widerruf bei dem was er im Zorn gethan hatte. Dann muß man nicht sagen die Handlung wird hinterher gültig; sondern es zeigt sich hinterher, daß sie im Zorn gültig vorgenommen war. Es ist dieß höchst bedeutend für den Fall, wenn Jemand im Zorn ein Testament errichtet und er hinterher nicht widerruft. Dann muß man das Testament erhalten, welches man nicht könnte, wenn hier das Testament hinterher durch stillschweigende Genehmigung gül-

tig werden sollte. Denn nach §. 948 gilt bei Testamenten die Regel: **quod ab emtio non volet postea convalescere nequeunt.**

2) Der Zornige widerruft. Dann gilt der Akt als von Anfang an nichtig. Endlich

3) es ist keines von beiden der Fall, z. B. der, welcher im Zorn testirte, stirbt gleich nachher, dann muß man das Testament als nichtig behandeln, weil man hier nicht sagen kann: **perseverentia aparuit animi judicium fuisse.**

Uebrigens ist es schlimm, daß der Zorn wie der Tausch auch seine Gradationen hat, wo dann dem richterlichen Ermessen überlassen werden muß, zu beurtheilen, ob es auf den Punkt gekommen ist, wo man von einem „er ist partout fertig" sprechen könne. Im Zweifel wird dieß des Rechtes nicht annehmen dürfen, da im Zweifel immer Rechtsgeschäfte möglich zu erhalten sind.

§. 446.

Ad voc. frommen Stiftungen.

Wegen des Gesetzes, welches zuletzt in **not. l.** citirt ist, meinen Manche, man müsse von den Sätzen des **Comp.** in Betreff aller milden Stiftungen eine Ausnahme machen. Allein diese Behauptung ist schon insofern verkehrt, als jenes Gesetz blos von der Freilassung redet und als ausgemacht der große **favor libertatis** allen milden Stiftungen nicht zu statten kommt. Dazu kommt, daß jenes Gesetz auch nur von Fideikommissen redet, welche das neueste Recht mit Rücksicht auf die **tacita voluntas** höchst milde nahm. In dem Fall jenes Gesetzes lag nun der Entscheidungsgrund in der hier vorauszusetzenden **tacita voluntas**, weil einem Sklaven juristisch nichts Angenehmes erwiesen werden kann, wenn man ihm nicht die Freiheit giebt.

Ad voc. Nachlaßverträgen ist diese Acceptation erforderlich.

Ueber die Frage: in wie fern es, wenn ein Berechtigter sein Recht aufgiebt, zur Erlöschung des Rechtes auch noch eine

Acceptation der Personen bedarf, gegen die das Recht Statt fand, haben wir kein allgemeines Gesetz. In Beziehung auf eigentliche **obligationes** oder **jura in personam** (§. 62. 63.) wird die Acceptation in

l. 91. de salut. 46. 3.

wirklich gefordert. Bei der Aufhebung dinglicher Rechte kann sie natürlich auch Statt finden. Allein die Römer scheinen hier schon die bloße einseitige Aufgebung des Berechtigten für einen Erlöschungsgrund gehalten zu haben, denn mit Rücksicht auf das Eigenthum ist dieß bestimmt ausgesprochen in

l. 1. pro derelicto 41. 7.

Ferner für den Nießbrauch in

l. 64. de usufructu (7, 1.)

l. 7. C. de remiss. pignoris (8, 26.)

woraus man denn wohl, wenn man nicht ohne Noth **singularia** präsumiren will, deren Grund sich nicht entfernt ahnden läßt, den Satz bilden kann, daß in der Regel alle **jura in re** durch bloße Aufgebung erlöschen, dennoch hat hier Fritz **not. p. cit.** solche **singularia** präsumirt zum Theil weggeläugnet, was in den Gesetzen steht und sich dann zu seiner Befriedigung diese Regel geschaffen; auch bei dinglichen Rechten erlischt das Recht durch Aufhebung in der Regel nur dann, wenn Andere, gegen die das Recht statt fand, die Aufhebung acceptiren, doch bedarf es dieser Acceptation nicht, wenn die Sache durch Aufgebung nicht an eine gewisse Person zurückfällt, oder von Lasten befreit wird, sondern wenn durch die Aufhebung die Sache in eine **res nullius** verwandelt wird. Für diese Idee hat denn auch noch kürzlich wieder einige Nachträge zu rechtfertigen gesucht

Fritz Erläuterungen 2. Heft.

§. 447.

Ad. voc. verwirkt, was er unter diesem.

Diesen Satz hat Zumbach **not. c. cit.** geläugnet, indem er hier wegen

l. 8. de lege comissoria (18, 3.)
l. 1. C. de pactis inter emtorem (4, 54.)

zum Verluſt der arrha ein beſonderes pactum fordert. Allein dieſe Geſetze erwähnen nur als faktiſch einen über den Verluſt der arrha geſchloſſenen Vertrag, während

l. 6. de lege comiss (18, 3.)

auch ohne Vertrag den Verluſt der arrha annimmt. Die Sache begreift ſich auch ganz leicht, denn der Bürger kennt in der Regel das Geſetz nicht genau, traut der richterlichen Einſicht wenig, und ſucht ſich lieber ſelbſt auf allen Fall durch beſtimmte Verabredungen einen feſten Boden zu verſchaffen, wie wir ja täglich ſehen, daß z. B. über **evictio** und heimliche Mängel den Verträgen Klauſeln hinzugefügt werden, welche für einen guten Richter nicht nöthig geweſen wären. Finden wir alſo bei Privatgeſchäften der Römer eben dieſe Erſcheinung, ſo iſt es ganz verkehrt, wenn man aus der ſtattgehabten Verabredung ſchließt: ohne dieſelbe würde nach den Geſetzen das Gegentheil ſtatt gefunden haben.

§. 449.

Ad voc. Wenn die Contrahenten über ihre Perſonen.

In Anſehung der Frage: was der Irrthum über die Perſon eines Contrahenten in Betreff der Gültigkeit eines Vertrags wirkt, ſtellen Manche die Regel auf: der Irrthum bewirkt Nullität des Geſchäfts, wenn der Irrende ohne den Irrthum nicht würde contrahirt haben. Damit iſt aber im Ganzen nicht auszukommen, weil der bloße Irrthum in den Beweggründen kein Nullitätsgrund iſt, wie das folgende Diktat zeigen wird. Man unterſcheide hier vielmehr ſo:

1) Der Irrthum beleiht ſogar die Identität der Perſonen der Kontrahenten, welche man vorzugsweiſe **error in persona** zu nennen pflegt, z. B. A glaubt an **B** zu verkaufen oder zu ſchenken, während der Mann, welcher vor ihm ſteht, der **C** iſt. Hier iſt das Geſchäft null

und nichtig, die Person mag nun, wie z. B. bei der Ehe selbst, Objekt des Vertrages seyn oder nicht, weil die röm. Juristen es bei Verträgen als Theil des erforderlichen **consensus** ansehen, daß man das Geschäft mit der Person contrahire, an die man dachte

l. 34. de reb. cred. (12, 1.)

2) Der Irrthum betrifft nur die Eigenschaften der Person, aber nicht ihre Identität. Für solche Fälle haben wir nun leider durchaus keine allgemeine Gesetze, sondern nur die in den Fragmenten der **not. p.** enthaltenen schwachen Andeutungen, welche an sich sonderbar genug sind, und bei der Anwendung auf Personen, also auf ein blos moralisches Object, mit großen Schwierigkeiten verknüpft, welche sich ohne ein genaues positives Gesetz gar nicht lösen lassen. Denn wenn z. B. jene Gesetze sagen: falls ein als golden gekaufter Gegenstand blos übergoldet sey, so finde ein **error essentialis** statt, nicht aber, wenn das Gold in der Mischung die ganze Substanz eines andern Metalls durchdringe — **inauratum** — so kann leicht die Frage entstehen: ob z. B. eine angenommene Braut an der hinterher etwas von Hysterie oder Bosheit entdeckt wird, als blos übergoldet oder als mit Gold gemischt betrachtet werden soll. Daher auch hier nach §. 298 in Betracht der Ehe das Schweigen der Gesetze über den Irrthum zu den größten Verlegenheiten führt. Indeß kann man hier oft von einer andern Seite nachhelfen, nämlich wenn die Person, über deren Eigenschaften man irrte, nicht die Eigenschaften hat, welche nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge als ein **naturale** vorauszusetzen sind, wo man denn die Principien über Irrthum umgehen und alles darauf stellen kann, daß der andere Theil vertragswidrig gehandelt habe, und das, was vorausgesetzt werden dürfe, zu leisten nicht im Stande sey; z. B. wenn sich **A** von **B** Sprachunterricht bedingt und sich nachher ausweist, daß **B** nicht einmal conjugiren und dekliniren kann.

Ad voc. Dagegen ist ein Irrthum über die Beweggründe.

Es ist hier oft behauptet worden, der bloße Irrthum in den Beweggründen mache jeden Vertrag nichtig. Auch neuerlich hat noch wieder

Valett Pandekten §. 102.

diese Behauptung aufgestellt, aber bloß mit Berufung auf den **error in causa** bei Testamenten — §. 944. — welche als einseitiger Akt der Liberalität mit den Verträgen gar nicht verglichen werden können. Für den Satz des **Compendiums** kann gesagt werden:

1) Die Theorie der Gegner führt zu den verderblichsten Resultaten, weil bei den Verträgen sich die Kontrahenten in Ansehung ihrer Motive unendlich oft verrechnen, und weil so die bürgerlichen Verhältnisse in das ärgste Schwanken kommen, wenn jeder Vertrag wegen seines verfehlten Erfolges angefochten werden könnte.
2) In **l. 65. §. 2. de condict indebit. (12, 6.)** kommt ein Schenkungsvertrag vor, welcher als solcher am wenigsten zu begünstigen ist, und dennoch hier wird entschieden, daß der bloße Irrthum in Beweggründen nichts ausmache.
3) Der **dolus causam dans** — §. 451. — bewirkt einen Irrthum in Beweggründen. Dennoch werden wegen eines solchen **dolus stricti juris negotia** nicht null und nichtig, sondern es kann nur **ex capite doli** durch die **actio de dolo restitutio in integrum** gesucht werden, welche Klage aber nur statt findet, wo kein anderes **remedium** mehr möglich ist. — §. 687. — Wäre mithin der Irrthum in Beweggründen eine **causa nullitatis ex capite erroris**, so würde die **actio de dolo** hier ganz und klar seyn, da auch **stricti juris negotia** nach §. 57. **de obliget M. (44, 7.)** wegen eines **error essentialis** null und nichtig sind.
4) Zu den härtesten Irrthümern in Betreff der Beweggründe gehört gewiß der Fall, wenn jemand ein inde-

bitum irrig als ein debitum zahlt. Dennoch wird hier nur die condictio indebiti gestattet — §. 631. — woraus von selbst folgt, daß an sich die alienatio geschah, daß der Handel nicht null ist, und daß der Irrende deßwegen blos eine Personalklage gegen den Empfänger auf Rückgabe hat.

§. 14. 15. J. de act. (4, 6.)

Daher man auch nicht mit

Mühlenbruch, tom. 3. §. 239.

welcher sonst im Uebrigen richtig denkt, für den Fall der solutio indebiti eine Ausnahme machen kann.

Ad voc. Doch widerstreiten sich die Gesetze.

Viele haben mit

Averan Interpret. lib. 1. cap. 17.

geglaubt, daß man hier die Gesetze vereinigen könne und zwar so: Ulpian sage zwar in

l. 18. pr. de reb. cred. (12, 1.)

nummus accipientes non fieri, während Jul. in l. 36. de acq. rer. dom. (41, 1.) sage: constat proprietatem transiri; allein Ulpian gestatte doch dem Geber keine vindicatio. Dagegen ist aber einfach zu erwiedern: nach Ulpian geht das Eigenthum nicht über. Ist dieß nun der Fall, so bleibt auch bei dem Geber die vindicatio. Ulpian giebt zwar wohl dem Empfänger eine exceptio, allein auch nur im Fall der consumtio, die auch sonst als titulus gilt.

l. 14. de reb. cred. (12, 1.)

Der Widerspruch beider Fragmente ist nun auch von Vielen zugegeben, doch wollen die mehrsten Julians Meinung als die recepta sententia der R. Praxis vorziehen. Man begreift dabei aber wieder nicht, wie der spätere Ulpian, welcher doch die receptas sententias kannte, so kategorisch dagegen reden konnte, ohne sie mit einem Achselzucken als vorhanden zu erwähnen, wie er sonst wohl thut, wo er sich als Theoretiker gegen die Praxis zurückzieht; z. B.

l. 6. §. 2. si servidus vindicetur (8, 5.)

§. 451.

Ad voc. Dolus causam dans.

An sich ist es außer Zweifel, daß es mit Rücksicht auf die Motion der Contrahenten einen dolus causam dans und incidens im Sinn des Comp. geben kann, und daß es unbillig wäre, wenn der Betrogene, wegen eines bloßen Nebenbetruges statt auf Schadensersatz zu klagen, die Aufhebung des ganzen Geschäfts verlangen wollte, indem er ja das Geschäft doch würde geschlossen haben, auch wenn der dolus incidens nicht statt gehabt hätte. Unsere Gerichte haben nun auch stets jene Unterscheidung gemacht und auf die im Comp. angegebene Art angewandt. Indeß hat es stets einzelne Theoretiker gegeben, welche der Unterschied insofern verwerfen, als sie auch wegen eines dolus incidens die Ansicht des ganzen Geschäfts gestatteten. Sehr eifrig hat Neustetel not. h. cit. diese Idee wieder vertheidigt, weil kein Gesetz für die Theorie der Praxis sey und weil der Richter die Motive des Contrahenten nicht ausmitteln kann, worin ihm auch zuletzt

Burchardi not. h. cit.

beigetreten ist. Allein ein Beweis durch Eide, Geständnisse und die Berücksichtigung, was nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge als wahr anzunehmen ist, kann hier ja zur Gewißheit führen, mithin kommt zunächst alles darauf an, was die Gesetze über diesen Punkt sagen. Gegen die Ansicht der Praktiker existirt nun gewiß kein Gesetz, wohl aber sind dafür l. 7. pr. de dolo (4, 3.)

l. 7. §. 12. de jure dot. (23, 3.)

Zwar hat Burchardi das erste Gesetz recht gut mit der Vorschrift der lex Plaetoria, daß für betrogene minores die Nullität angenommen werden soll, in Verbindung gebracht. Allein die Worte si in hoc ipso ut venderet deuten doch gerade nur auf den dolus causam dans. Das zweite Gesetz unterscheidet noch klarer zwischen dem Betruge, welcher das ut servum dedit oder das bloße aestimasse veranlaßt hat, und gestattet nur wegen des ersten die Anfechtung des Geschäfts,

wegen des letzten aber bloß eine Klage auf Nachzahlung. Zwar will Burchardi diese Aeußerung mit

l. 54 (18, 1)

in Verbindung bringen. Allein das letzte Fragment handelt ja nach seiner Ueberschrift von der Klage wegen heimlicher Mängel, welche gar nicht statt findet, wenn der Fehler in einer Kleinigkeit besteht — §. 494, 499. Die l. 7. §. 12. cit. dagegen spricht von der Zulässigkeit einer Klage, welche bloß nicht auf **Rescission** statt finden soll, weil hier die Argliſt das Geschäft nicht veranlaßt habe.

Ad voc. Nicht von dem dritten Besitzer.

Dieser Satz ist oft geleugnet, weil ja der **dolus causam dans** einen wesentlichen Irrthum in den Motiven veranlasse, also insofern das **negotium** nichtig sey, das Eigenthum nicht übertragen werden und insofern dem betrogenen Veräußerer seine **rei vindicatio** verbleibe. Allein nach dem zweiten Diktat zu §. 449 ist ja gerade der bloße Irrthum in Beweggründen kein Nullitätsgrund **ex capite deficientis consensus**, und insofern ist im Falle eines **dolus causam dans** keine volle Nullität vorhanden, sondern der Betrogene hat nur **ex capite doli** eine persönliche recisſorische Klage gegen den Betrüger, welcher dieser ganzen Lehre zum Grunde liegende Idee auch wieder

Burchardi not. p. cit.

vertheidigt hat. Wenn also in **b. 10. C. de rescindenda verditione (4, 44)** selbst bei Gelegenheit eines **bonae fidei negotii** allgemein gesagt wird: Der betrogene Veräußerer habe keine **vindicatio** gegen dritte Besitzer, so braucht man dieß nicht mit Manchen durch Fiktionen weg zu chikaniren, sondern man muß sagen, daß es an sich völlig consequent ist; auch sehen wir noch aus andern Aeußerungen der Gesetze, daß die Römer in der Regel nie die Ansprüche **ex dolo** gegen dritte Besitzer wirken ließen.

L. 9. quae in fraud. cred. (42, 8)

L. 4. §. 28. de doli except. (44, 4)

wozu auch noch im Diktate zu §. 534 Nachträge gegeben

werden sollen. Die richtige Idee ist auch in den not. p. ct. Rechtsgutachten vertheidigt, aber doch mit einem **temperamento** dahin, daß der dritte Besitzer belangt werden könne, wenn er die dem Betrogenen von einem vierten abgelockte Sache **sine causa** besitze. Allein dieß ist unjuristisch, denn eine **vindicatio** gegen dritte kann nur der anstellen, welcher das Eigenthum, also die **vindicatio** hat und behielt. Hatte er nun aber an sich keine **rei vindicatio**, so muß er eben deßwegen den dritten Besitzer in Frieden lassen, auch wenn dieser die Sache ganz und gar **sine causa** besitzen sollte.

l. 5 pr. in fine si usus fructus petatur (7, 6)

Ad. voc. Nicht geholfen werden.

Wenn die beiden Kontrahenten **A** und **B** an sich **in bona fide** sind, aber ein dritter **X** den Vertrag durch seine Betrügereien veranlaßt oder durch diese darauf einwirkt, so muß man nach den Gesetzen diese zwei Fälle unterscheiden:

1) Der **X** veranlaßt den **A** zu Handlungen, die kontraktswidrig waren, wo also **B excontractu** verlangen kann, daß der induzierte **A** den Fehler wieder gut mache. Dann muß **B** auf Rektifikation gegen den **A** durch die Kontraktsklage auftreten und muß den **X** in Frieden lassen, weil die Römer nach §. 687 das Prinzip haben, daß **ex capite doli** nie geklagt werden könne, wenn der Betrogene noch durch andere Rechtsmittel sich zu helfen im Stande ist, z. B. **A** verspricht dem **B** 100 Malter Korn und zu dem Ausmessen leiht **X** schelmischer Weise ein kleines Maaß, wodurch **B** nur 90 Malter bekommt. Hier hat **B** schon **ex contractu** eine Nachklage gegen **A** auf 10 Malter und braucht dann den **dolus** des **X** nicht zu rügen.

2) Ist aber der Fall von umgekehrter Art, z. B. wenn **X** dem **A** aus falschen Beweggründen beigebracht hat, wegen deren also **ex contracti** gegen den unschuldigen Kontrahenten nicht geklagt werden kann. Hier sagen nun die Gesetze: der Betrogene müsse dann den Betrü-

ger belangen und damit ist denn nach der Gesetzen die Sache zu Ende. Allein wenn der Betrogene **B** wegen Insolvenz des **X** von diesem nichts erhalten kann, darf er dann noch wieder umdrehen und den unschuldigen **A** belangen? Aus Barmherzigkeit sind nun

Leyser und Glück **not. t. cit.**

für die Bejahung dieser Frage, indem der erste dem Betrogenen erlaubt, das Geschäft **ob errorem essentialem** anzufechten und der letzte demselben subsidiarisch wenigstens eine **restitutio in integrum** angedeihen lassen will. Allein beides ist falsch, weil nach §. 687 der Betrüger belangt werden soll, und weil es hinter der Klage **ex dolo** keine andere **remedia** giebt. Auch ist Leysers Idee deßwegen ganz falsch, weil nach dem vorigen Diktat und nach dem zweiten Diktat zu §. 449 der **dolus causam dans** und der Irrthum in Beweggründen gar nicht als ein **error essentialis** und als voller Nullitätsgrund gilt.

§. 445.

Ad voc. Unbedingt gegen diesen zu statten.

Nach **not. m** sagen die Pandekten bestimmt, ein erzwungenes **bonae fidei negotium** sey null und nichtig, der Zwang möge von vorn durch die Mitkontrahenten, oder von hinten durch einen Dritten angelegt seyn, welches auch natürlich ist, da doch auf gleiche Art die Freiheit des Willens aufhört. In

L. 5. C. h. t. (2, 20)

wird in einem Reskript erwähnt, daß in dem vorgelegten Fall auch der andere Kontrahent um den Zwang des Dritten gewußt habe und dadurch ist denn Glück **not. m. cit.** zu willkührlichen Distinktionen geführt worden, welche zu den Pandektenregeln durchaus nicht passen, und welche er leicht hätte vermeiden können, wenn er erwogen hätte, daß in den Reskripten oft das ganze Faktum angeführt wird, ohne daß gerade in jedem faktischen Moment die **ratio decidendi** lag.

Meine logische Auslegung §. 33.

§. 459.

Ad voc. Muß ein Zweifel alles ersetzen.

Manche stellen die Sätze des Comp. umgekehrt dahin, daß der Verkäufer, das von ihm gegebene Maaß in Zweifel nicht zu gewähren brauche. Allein die Gesetze **in nota** sind ganz entscheidend für das Comp. Nur

l. 6. pr. de act. emt. (19, 1.)

macht hier einige Schwierigkeit, insofern man nämlich das Wort **agnoverit** durch Anerkennen übersetzt. Um der daher entstehenden Schwierigkeit auszuweichen, wollen Manche, man solle dieses **agnosco** und **adgnosco** unterscheiden und dann das erste nach Analogie von **amens, aversus** durch Nichtwissen übersetzen. Allein so viel wir aus den Klassikern wissen, heißt **agnosco** überall so viel als Anerkennen. Indeß bedarf man hier wieder keiner Künstelei, da nach den Zeugnissen von Halvander, Baudoza und andern in guten Vulgatmanuskripten statt **agnoraverit** vielmehr **ignoraverit** steht, womit jede Schwierigkeit gehoben ist.

§. 463.

Ad voc. Den Paciscenten dasjenige sichert.

Die Hauptanwendung dieses Satzes ist schon im Diktat zu §. 137 gegeben.

§. 466.

Ad voc. Contractus.

Im allgemeinsten Sinne heißt **Contractus** Alles, wodurch eine bürgerliche vollgültige Obligation geschaffen, — kontrahirt wird

L. 20. de judiciis (5, 1)

Gewöhnlich aber bezeichnen die Römer dadurch Verträge, welche schon durch das alte Civilrecht für klagbar erklärt wurden, also nicht die, welche, wie es mehrfach der Fall war, durch das neuere Civilgesetz Klagbarkeit erhielten und nicht **contractus**, sondern **pacta legitima** genannt wurden, so wenig als die,

welche der **praetor** bestätigt hatte und deßwegen **pacta praetoria** hießen, welches Alles sich wohl begreift, da die Römer ihr ältestes Civilrecht mit einer eigenen Ehrerbietung über Alles setzten, ihre neuen Institute fast mit Aengstlichkeit behandelten und gewöhnlich durch eigene Namen bezeichneten. Es ist daher nicht übel, wenn Manche neuere Juristen für **contractus** das deutsche Wort gewählt haben „Urrechtes Band." Das Grundprincip blieb indeß immer, daß ein nicht bestätigter Vertrag eine Klage erzeuge, und das Edikt milderte dieß nur dahin, daß aus allen unbestätigten Verträgen doch für den Besitzer eine **exceptio** entspringe. — §. 470. — Unsere neuere Juristen pflegen nun jene bestätigten und deßhalb klagbaren Verträge auch wohl **pacta vestita** zu nennen, denen sie dann die unbestätigten Verträge unter dem R. Namen **pacta nuda** entgegensetzten. Alle bestätigten Verträge nennt kein Klassiker in einem vollständigen Register. Gajus hat in seinen Institutionen sogar die mehrsten Realkontrakte ausgelassen und von **pactis legitimis** und **praetoriis** nichts erwähnt. Das letzte thut auch Justinian in seinen Institutionen. Doch sind von ihm die **contractus** vollständig gegeben. Sammelt man nun alles zusammen, was wir aus andern Quellen wissen, so kommt man zu dieser vollständigen Eintheilung. Die klagbaren Verträge sind entweder:

I. **Contractus** im obigen Sinne. Diese haben wieder mehrere Arten, von denen man nicht weiß, ob sie durch das alte Civilrecht zu gleicher Zeit oder allmählig bestätigt wurden. Ueber welchen blos rechtshistorischen Punkt bisher viel konjekturirt aber nichts erwiesen ist. Die Arten der **contractum** waren nun diese:

1) **Contractus verbales**, welche durch mündlich ausgesprochene **verba legitima** klagbar wurden. Dahin gehörte außer den **in jure cessio** und **mancipatio**, welche beide im **corpus juris** verschwunden sind, die **stipulatio**, zwar noch in

Just. lib. 3 tit. 16

erörtert, aber in unserm Comp. nicht genauer entwickelt, weil nach §. 471 alle förmliche Verträge klagbar sind.

2) **Contractus litterales**, deren Klagbarkeit aus einer vertragsmäßig angenommenen Skriptur entstand. Darüber wird gleich im Diktat zu §. 467 das Nöthige gesagt werden.

3) **Contractus reales**, d. h. zweiseitige Verträge, welche dadurch obligatorisch wurden, daß ein Contrahent sogleich **rem** prästirt, d. h. den Vertrag von seiner Seite erfüllt. Diese sind nun doppelt, nämlich:

A) **certi**, oder wie man jetzt immer zu sagen pflegt **nominati** d. h. diejenigen, mit der **res** beginnenden Verträge, welche schon im alten Civilgesetze einzeln bestätigt, also damit ganz fixirt und besonders genannt werden. Darum gibt es nun diese 4:

a) **Mutuum** — §. 545 —
b) **Commodatum** — §. 547.
c) **Depositum** — §. 550.
d) **Pignus** — §. 787.

B) **Incerti seu innominati** d. h. alle übrige mit der Leistung anhängenden Verträge, welche die alte Civilpraxis analogisch und aus Billigkeit jenen **certis** im Ganzen gleichsetzte — §. 554 — 557 — worüber gleich im Diktat zu §. 468 noch Manches im Allgemeinen zu sagen seyn wird.

4) **Contractus consensuales**, d. h. welche nach altem Civilrecht schon durch **nudus consensus expressus** oder **tacitus** ihre Klagbarkeit erhielten. Deren gibt es nur diese 4.

A) **Emtio venditio** — §. 506. —
B) **Locatio conductio** — §. 551. —
C) **Mandatum** — §. 517. —
D) **Societas** — §. 537. —

II. Neue bestätigte Verträge, d. h. die, welche nach dem alten System nur durch Einkleidung und eine Kon=

traktsform Klagbarkeit erhalten konnten, jetzt aber neuerer Bestätigung wegen auf andere Art klagbar geworden sind, entweder wenn ihnen alle Formen fehlen, oder wenn sie die Formen haben, welche das neuere Recht als obligatorisch zugelassen hat. Die Hauptarten sind nun wie gesagt

1) **Pacta legitima.** Dahin gehören nach der gewöhnlichen Ansicht, welche auch im Ganzen richtig ist:

A) Sponsalien, Ehe- und Dotalverträge. Diese zählt man gewöhnlich hieher und kann es in Betreff der Sponsalien und Dotalverträge auch recht gut thun, weil sie nach neuerem Civilrecht ohne Formen rechtsverbindlich wurden. Für die Ehe aber giebt es keinen rechten Platz. Denn die im Justinianischen Rechte einzig übrig gebliebene formlose laxe Ehe galt auch früher wie es scheint von jeher für die Plebejer. Man konnte sie mithin, so gut wie den Kauf, oder wenn sie durch die alte Praxis rechtsgültig war, wie die umgewandten Kontrakte einen **contractus** nennen. Allein kein Römer thut dieß. Auch paßt auf sie der Name **pactum legitimum** nicht, insofern man bloß die durch neuere Civilgesetze klagbar gewordene Verträge begreift.

B) Die Schenkung — §. 561.

C) Die Emphyteusis — §. 775.

D) Die Annahme eines Schiedsrichters — §. 591.

2) **Pacta Praetoria.** Als solche haben wir:

A) Das **constitutum debiti proprii und alieni** — §. 469. 597. 613.

B) Das **pactum hypothecae** — §. 786.

C) Das **receptum** der Wirthe und Schiffer, so weit daraus nach prätorischem Edikt Obligationen entstehen, welche aus den gemeinen Grundsätzen des Miethkontraktes folgen dürfen.

Die in §. 470 erwähnten **pacta adjecta** können hier auch noch ihrer Klagbarkeit wegen genannt werden, wie es Manche thun, aber doch ist es streng genommen richtiger, wenn

man sagt, sie gelten nicht als Verträge an sich, sondern nur als Modifikationen eines Hauptvertrags.

§. 467.

Ad voc. Litteralkontrakte.

Die Römer haben gewiß früher Litteralkontrakte gehabt, d. h. Verträge, welche nach Principien des alten Civilrechts durch eine **scriptura** klagbar wurden. Es ist darüber mehr als zuviel geschrieben. Verbindet man indeß das, was respektive unbestimmt und bestimmt von Cicero, Gajus und Theophilus **not. b. cit.** gesagt ist, so ergiebt sich, daß die Sache, auf den Fall hin, wenn eine eigene oder fremde Schuld, welche schon existirte, nochmals als **debitum** in die Hausbücher annotirt und so abermals als vorhanden anerkannt war. Später verschwand dieses Institut mit den Hausbüchern, welche unter der Republik sorgfältig gehalten wurden, weil der Bürger durch seinen Reichthum publicistisch mehr Gewalt bekam; unter den Kaisern aber den Bürgern blos fiskalischen Forderungen aussetzten. So ward denn jener alte **contractus litteratis** in **Just. lib. 3. tit. 22** als unpraktisch ganz übergangen, aber die Lücke ward nun durch Erwähnung eines neuen Instituts ausgefüllt, wobei die **littera** kein Kontrakt, sondern nur ein unumstößliches Beweismittel wird, worüber bei §. 558 noch mehr gesagt werden muß.

§. 468.

Ad voc. Ein generisches Merkmal der ungenannten Kontrakte.

Früher hat man immer angenommen, das **jus poenitendi**, d. h. das Recht der willkührlichen Rückforderung bis zur erhaltenen Gegenleistung sey nur eine Eigenheit der ungenannten Kontrakte gegen die für die genannten Kontrakte sonst gewöhnlichen Regeln des §. **670. 672.** Doch habe es bei den ungenannten Kontrakten nicht statt gefunden, wenn der Ver-

trag mit einem facere begann, weil ein factum sich nicht rückgängig machen lasse. Auch habe beim Vergleich um den Rechtsfrieden zu erhalten jenes jus poenitendi aus singulären Gründen nicht statt gehabt. Daß nun jenes pactum poenitendi bei ungenannten Realkontrakten im Ganzen statt fand, ergiebt sich klar aus

L. 2. §. 3 L. 5 pr. de conditione causa data c. n. s. (12, 4)

und es begreift sich auch wohl; denn die genannten Kontrakte waren als solche durch spezielle Gesetze allgemein für obligatorisch erklärt. Lag also in ihrer individuellen Natur kein besonderer Grund zur willkührlichen Widerruflichkeit, so mußte dieser auch wegfallen. Die ungenannten Kontrakte waren aber nur auf die Billigkeitsregeln gegründet, daß sich Niemand durch den Schaden eines Andern bereichern soll. Durch den Empfang einer Sache war aber nur der Empfänger ein **ex re obligatus**, nicht aber der Geber. Nach dem alten System, welches Verträge an sich als völlig unverbindlich erklärte, war also jenes **jus poenitendi** ganz in der Ordnung.

Dieß Alles hat Gans **not. o. cit.** übersehen und so gleichsam jenes Ganze **jus poenitendi** durch Winkelzüge abzuthun gesucht, wogegen er mit Recht von allen Seiten Widerspruch fand, namentlich auch in der neuesten Schrift von Schmithenner **not. o. cit.**, welcher freilich das **jus poenitendi** durch eine ihm eigene Philosophie zu konstruiren sucht und dann gegen vorhin erwähnte gewöhnliche angenommene Ausnahme dieß erinnert.

a) Bei den Vergleichen gab es zwar kein **jus poenitendi**, aber dieß komme daher, weil der Empfänger schon durch sein gehaltenes Versprechen nicht weiter processiren zu wollen, auch von seiner Seite erfüllt habe, bei ungenannten Kontrakten aber nach erfolgter Gegenleistung das **jus poenitendi** wegfalle. Diese Idee ist offenbar gut und wahr.

L. 3. pr. de condictione c. d. c. n. s. (12, 4)

L. 6. §. 1. de condict. indebiti (12, 6)

b) Auch bei einer mit dem **facere** begonnenen Leistung gebe

es eine condictio. Denn für ein factum könne doch so gut eine Vergütung gegeben werden, wie für eine Sache. Allein hier muß man ihm durchaus widersprechen. Denn bei einer **res dota** ist die **repetitio in specie** möglich, so lange die Sache existirt, bei **factis** aber läßt sich **in repetendo** nur eine Klage auf Schadenersatz denken, und da kann doch nach der Vernunft niemand behaupten, daß der Kontrahent, welcher vertragsmäßig das **factum** in Empfang nahm, auf ein Aequivalent belangt werden dürfe, wenn er sich anbietet, die von ihm versprochene Gegenleistung genau zu prästiren.

§. 471.

Advoc. Jetzt das **jus poenitendi** wegfällt. Daß das **jus poenitendi** bei ungenannten Kontrakten noch jetzt gelte, haben schon mehrere früher gegen die entschiedene Ansicht der Praxis und für diese Ideen hat sich nun noch jetzt ausführlich erklärt

Schmitthenner **not. z. cit.**

weil er nach seinen Konstruktionen jenes Reurecht in der Natur der Sache finden will. Allein die Praxis hat mit Recht stets das Gegentheil angenommen, weil bei den Römern das **jus poenitendi** nur eine Eigenheit der ungenannten Kontrakten war und daher auch in der Regel bei den genannten Kontrakten nicht statt fand, namentlich nicht bei der **stipulatio.** Nun aber ist es ausgemacht, daß bei uns ein **nudum pactum** die Kraft der römischen **stipulatio** hat. Für die richtige Idee kann auch schon ganz entschieden gelten

L. 4. c. de rerum permutatione (4, 64)

wo bestimmt die Rückforderung durch **conditio** verworfen wird, wenn der ungenannte **contractus permutationis** in eine **stipulatio** eingekleidet sey. Zwar hat Schmitthenner für seine Idee besonders Gewicht auf

l. 30 de reb. cred. 12, 1.

gelegt. Allein er hat nicht erwogen, daß der Empfänger eines

mutui in der Regel auf Verlangen das erhaltene Darlehen sofort zurückzahlen muß und kann, und daß also ein bedungenes mutuum gar nicht angenommen zu werden braucht.

§. 473.

Ad voc. Unilateralkontrakte.

Bei unsern neueren Juristen, besonders denen, welche es mit Höpfner hielten, findet man gewöhnlich folgende Eintheilung der Kontrakte. Die Kontrakte sind entweder

I. **Billaterales**, wodurch beide Theile verpflichtet sind und verpflichtet werden können. Diese sind wieder entweder:

1) **Aequales**, wobei gleich anfangs beide Theile zu gegenseitigen Leistungen verpflichtet sind, wie z. B. der Kauf, oder

2) **Inaequales**, wobei an sich nur ein Theil verpflichtet ist, der andere aber nachher zufällige Gegenansprüche, z. B. wegen gemachten Verwendungen bekommen kann, wegen deren er dann durch eine **actio contraria** klagen darf. So wird z. B. beim Faustpfande zunächst nur der Empfänger der Pfänder zum Fleiß und zur dereinstigen Zurückgabe verpflichtet und kann deßwegen durch die **actio pignoratitia directa** belangt werden. Allein wenn der Pfandgläubiger Verwendungen auf die Sache machte, so bekommt er deßwegen eine **actio pignoratitia contraria** gegen den Pfandbesteller.

II. **Unilaterales**, wobei gleich anfangs nur ein Theil verpflichtet ist und auch der Andere in der Folge keine zufällige Gegenrechte bekommen kann. Als Beispiel eines solchen Unilateralkontraktes nennt man gewöhnlich das **mutuum** §. 545. Allein es ist ganz offenbar, daß auch bei dem **mutuo** der Geber **per accidens** verpflichtet werden kann, z. B. wenn **A** dem **B** culpose vergiftetes Mehl zum **mutuo** gibt, wodurch **B** in Schaden kommt. Hier kann es keinen Zweifel leiden, daß **B** eine Klage gegen den **A** auf Schadensersatz hat, daß

also auch bei dem **mutuo** eine Verpflichtung des Gebers eintreten kann. Das Eigene bei diesem Fall ist nur dieß, daß die Römer bei dem **mutuo** die zufällige Klage auf Schadensersatz nicht mit dem Namen des Kontrakts als **actio mutui contraria** bezeichnen, sondern in jenem Fall dem **B** nur die allgemeine **actio legis aquiliae** auf Schadensersatz geben, vielleicht weil bei dem **mutuo** solche Fälle selten sind und weil hier daher die Praxis nicht für einen besonderen Kunstnamen gesorgt hatte. Selbst

Höpfner §. 769 not. z.

hat dieß im Widerstreit mit seinen eignen Hauptbegriffen am Ende doch zugeben müssen. Ganz etwas ähnliches findet sich denn auch bei den ungenannten Realkontrakten

L. 1. §. 1. de rer. permutat (19, 4)

da jetzt auf die Namen der Klagen gar nicht gesehen wird, so ist die ganze Sache ohne praktische Bedeutung.

§. 478.

Ad voc. Braucht es nicht zu restituiren.

Ueber diesen Punkt hat man bis auf die neuesten Zeiten gestritten, indem man oft nicht unterschied, was man doch unterscheiden muß, wie es jetzt auch Schmithenner not. o. cit. gethan hat, nämlich daß man bei ungenannten Kontrakten **ob meram poenitentiam** das gegebene zurückfordern kann. Diktat zu §. 468 bei den genannten Kontrakten aber höchstens **ob causam non secutam** d. h. weil der Gegner **culpose** nicht erfüllen kann oder trotzig nicht erfüllen will. Hiernach unterscheide man nun so:

1) Die Rückforderung geschieht bei ungenannten Kontrakten bloß **ex capite poenitentiae.** Hier ist nun natürlich nicht erforderlich, daß der Empfänger seinem Versprechen **culpose** zuwider gehandelt habe; sondern die bloße Reue des Gebers enthält für diesen schon einen hinlänglichen Grund zur Zurückforderung.

L. 3. §. 5. de cond. c. d. c. n. secula (12, 4)

Hieraus schließen denn die Römer, daß, wenn der Empfänger auch durch einen bloßen Zufall außer Stand gesetzt werde, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, dennoch das Gegebene von ihm zurückgefordert werden könne;

L. 5. pr. L. ult eod.

es sey denn, daß den Empfänger der **casus** nicht würde getroffen haben, wenn er nicht den Vertrag eingegangen wäre, oder daß er zur Erfüllung des Vertrags schon Verwendungen gemacht hatte, welche dem Werth des Empfangenen gleich kommen, weil dieß der Erfüllung selbst verglichen wird und weil das **jus poenitendi** wegfällt, sobald die Gegenleistung erfolgt ist.

Diesem Allem ist denn auch **L. 5 §. 1. praescript. verb. (19, 5)** nicht entgegen. Denn es ist in dieser Stelle von der **actio praescriptis verbis** — §. 468 — die Rede. Diese Klage als Kontraktsklage **ad implendum** kann denn natürlich gar nicht weiter angestellt werden, wenn die Gegenleistung durch Zufall unmöglich war, wodurch aber noch nicht gesagt ist, daß das Gegebene **ex capite poenitentiae** nicht zurückgefordert werden dürfe.

2) Die Rückforderungsklage wird angestellt **ob causam non secutam** d. h. deßwegen weil der Gegner das Seinige nicht geleistet hat. Eine solche Rückforderungsklage giebt es nun bei genannten Kontrakten nicht **ex capite poenitentiae**, sondern nur wenn der Empfänger die Gegenleistung trotzig nicht prästiren will, oder **culpose** nicht prästiren kann, wie das die Gesetze **in not. o.** ganz klar sagen, womit denn auch

L. 1. 10. C. de condictione causa data c. n. s. (4, 5)

leicht vereinigt werden können, weil sie völlig unbestimmte Rescripte sind, bei denen eben deßwegen ein Fall vorausgesetzt werden muß, worauf sie nach bestimmten Grundsätzen des Pandektenrechts passen.

Meine logische Auslegung §. 38.

Man hat zwar wohl dawider angeführt

l. 15. l. 6. l. 19. §. 6. locati — 19, 2.

Allein da das Miethgeld eigentlich erst finito usu zu zahlen ist, so reden diese Gesetze blos von **praenumerationes contra naturam contractus**, und für diese muß man denn freilich, wie es auch das **Comp.** gethan hat, die obigen Sätze modificiren.

Da nun aber jetzt die Grundsätze über ungenannte Kontrakte ganz wegfallen — §. **471** — und da nach §. **672** bei genannten Kontrakten in der Regel nur **ad implendum** geklagt werden kann, so muß man sagen: es giebt jetzt in der Regel nur eine **repetitio**, und selbst im Fall einer **doli**, einer **mora** oder sonstigen **culpa** kann nur auf Gegenleistung oder auf Leistung des Interesse geklagt werden.

Ad voc. Bei dem Verkauf ist das besondere.

Die Praxis hat das was das **Comp.** hier erwähnt stets als ein Besonderrecht des Kaufs betrachtet, welches auch in so fern wesentlich nichts gegen sich hat, als die Römer auch sonst wohl den Kauf auf eigene Weise behandeln, z. B. §. **1008. not. c.** Dennoch ist

Wächter in der **not. z. cit.** Dissertation

für eine Ausdehnung der Gesetze über den Kauf, weil die Römer bei einem Kauf stets die **generalia** vorzutragen pflegten, und weil aus dem Untergang der Sache nicht folge, daß der, dem sie versprochen war, diese untergegangene Sache als solche nicht fördern könne, keineswegs aber, daß die mögliche Gegenleistung nicht prästirt zu werden brauche. Allein dieses Raisonnement enthält etwas von der **petitio principii**, und ist höchst bedenklich, da nach **not. s. z.** die Gesetze allgemein bei **obligationibus faciendi**, so wie bei der Miethe und Pachtung das Einklagen der Gegenleistung verwerfen. Ausführlich hat indeß jetzt Wächter in dem **Not. z.** citirten Archiv seine frühere Meinung vertheidigt, weil hier die Gesetze bei dem Kauf auf keine Singularität hindeuteten und weil jener Satz in Betreff der Sachenmiethe daher komme, daß der Vermiether als solcher den vollen Gebrauch der Sache garantire. Allein dieß letzte ist nun eine ganz offenbare **petitio principii**,

und man könnte eben so gut in Beziehung auf den Verkauf sagen, daß der Verkäufer die volle Ueberzeugung des Seinigen dem Käufer garantire und dennoch kann der Verkäufer das **pactum** einfordern, wenn ihm ein Zufall die versprochene Leistung unmöglich macht. Es gehört also dieser Punkt zu den vielen streitigen, wo sich die Gründe **pro et contra** ziemlich gleich stehen und wo es eben deßwegen Alles für sich hat, wenn man bei der Praxis bleibt.

§. 482.

Ad voc. Nicht aber wegen Entbehrung der letztern.

Wenn Jemand bei einem Vergleich eine Sache zur Abfindung gab, um sich eine von seinem Gegner genommene Sache zu erhalten, so versteht es sich von selbst, daß er für die von ihm zur Abfindung gegebene Sache im Fall der Eviktion einstehen muß, weil er verkehrt gehandelt hat, wenn er etwas auf die Andern übertrug, woran ihm keine Rechte zustanden. Allein man nehme diesen Fall: **A** besitzt ein Landgut, welches **B** als das seinige in Anspruch nimmt, und nun giebt **A** dem **B** 1000 fl. unter der Bedingung: **B** solle seine Ansprüche auf das Gut fallen lassen. Dieß wird nun auch von **B** zugesagt und **B** macht dann keine weitere Ansprüche. Allein später tritt **C** als Prätendent auf und evincirt dem **A** das Landgut. Kann hier nun **A** die 1000 fl., welche er dem **B** gab, von diesem zurückfordern? Unsere besten Ausleger haben diese Frage immer verneint. Denn in jenem Falle hat **B** sein Wort gehalten und ein **factum alienum** versprach er ja nicht. Auf eine sonderbare Weise hat hier aber in der letzten Zeit ein **novum** statt gehabt. Die Redaktoren des Projekts zum **Code Napoléon** hatten nämlich einen besondern Artikel in Vorschlag gebracht. Bei der Discussion wollte sich Napoleon auch etwas aufthun und trat mit der Behauptung hervor: in jenem Fall müsse die **evictio** des **C** auch den Vergleich zwischen **A** und **B** ungültig machen. Es traf dieß in

Zeiten zu, wo durchaus mit Napoleon nicht mehr zu spaßen war. Die Staatsräthe wagten also nicht zu widersprechen, aber mit französischer Schlauheit halfen sich die Kommissäre dadurch, daß sie den Artikel strichen, keinen neuen setzten und so der Hoffnung leben konnten, bei dem Schweigen des **Code** würden die Gerichte schon von selbst auf die gesunde Ansicht von **Potier** zurückkehren, wie sie es nachher auch gethan haben. Dennoch hat

Gönner not. K. cit.

aber vor der Schlacht bei Leipzig die Napoleonische Ansicht für köstlich erklärt, weil ja **A** dem **B** nichts würde gegeben haben, wenn er die Klage des **C** vorhergesehen hätte. Allein **Gönner** vergaß dabei daß nach §. 449 und auch nach dem **Code Napoléon** der Irrthum in bloßen Beweggründen kein **essentialis** ist. Seine Ansicht ist ohngefähr eben so als ob man sagte: wenn **B** versprach den **A** nicht zu schlagen, so kann **A** gegen **B** klagen, wenn er von **A** Schläge bekam.

Ad voc. Oder als Gläubiger im Konkurse.

Wenn zur Befriedigung der Kontraktsgläubiger eine Sache des Gemeinschuldners veräußert wird, welche nachher ein Dritter dem Käufer durch **evictio** abstreitet, so haftet der Gläubiger wegen der **evictio** deßwegen nicht, weil sie, da der Konkurs ihnen nicht das Eigenthum der Masse eigenthümlich überträgt, nur Namens des Gemeinschuldners dessen Güter zu ihrer Befriedigung veräußern und weil Niemand **de evictione** haftet, welcher bloß **nomine alieno** handelte. Zwar glaubt

Gmelin not. m. cit.

wenn das Geld noch in der Konkursmasse existire, so könne es der Käufer der evincirten Concurssache von dem **curator massae** vindiciren. Allein dieß ist unjuristisch, denn der **curator massae** nimmt ja im Konkurse die erlösten Gelder nur für die Konkursgläubiger in Empfang. Kann nun der, dem die Sache evincirt war, das von ihm gezahlte Geld nicht von den Gläubigern selbst abfordern, sondern muß er die Eviktionsforderung gegen den Gemeinschuldner, als den eigentlichen Prin-

cipal anbringen, so darf er sich hier auch nicht an den curator bonorum halten. An eine vindicatio kann hier auch deßwegen nicht gedacht werden, weil der Käufer, indem er den Kaufpreis bezahlte, den animus transferendi dominium hatte, also eben deßwegen von der rei vindicatio ausgeschlossen ist, die nöthigen data zur Begründung dieses Satzes sind schon im zweiten Diktat zu §. 449 und im Diktat zu §. 452 gegeben.

§. 483.

Ad voc. An sich und auch gegen andere Pfandgläubiger.

Die Pflicht des Pfandgläubigers zur Evictionsleistung kann auf doppelte Art in Frage kommen, nämlich:

1) wenn er die Pfandsache zu seiner Befriedigung verkaufte und nun dem Käufer die Sache evincirt wird. Hier gilt der veräußernde Pfandgläubiger nur als Mandatar des Verpfänders, mithin ist denn nach §. 482 not. l. der Verpfänder als der eigentliche auctor zu behandeln und in Anspruch zu nehmen. Eine Ausnahme gilt natürlich, wenn der Pfandgläubiger durch Vertrag die Eviktionsleistung versprach und sich durch dolus und culpa verantwortlich machte. Dahin gehört auch der Fall, wenn er ein nachstehender Pfandgläubiger war und dann ein besserer Pfandgläubiger dem Käufer die Sache entreißt. Denn der creditor infirmior darf das Pfand nicht veräußern, so lange creditores potiores da sind, also handelt er fehlerhaft, wenn er das Gegentheil thut.
   L. 1. C. creditorem evict. pign. (8, 46.)
2) Wenn er sein Pfandrecht cedirt und nun seinem Cessionar die Pfandsache abgestritten wird. Entweder
   a) weil der Verpfänder eine res aliena verpfändet hatte und nun der wahre Eigenthümer der Sache dem Cessionar das Pfand als ungültig verpfändet wieder abnimmt.
   b) Wenn das cedirte Pfandrecht an sich gültig war aber

doch ein anderer creditor potior existirt, welcher als solcher dem Cessionar die Pfandsache abstreitet.

Für beide Fälle ist nun nach not. o. ein Streit unserer Juristen. Mevius sagt: in dem Fall unter a kann der Cessionar des Pfandrechtes von dem cedirenden Pfandgläubiger nichts fordern, wohl aber hat er im andern Fall unter b eine Klage de evictione. Dagegen werden von Gmelin diese Sätze gerade umgekehrt gestellt. Daß Gmelin für den Fall unter a Recht hat, kann keinen Zweifel leiden. Denn ein Pfandrecht in re aliena ist an sich ungültig und in so fern ein pignus non verum. Nun aber muß der Cedent gewiß de veritate nominis einstehen. Wenn dagegen Gmelin für den Fall unter b) sagt: hier sey ein pignus verum, weil eine Sache mehrmals verpfändet werden dürfe, aber der creditor potior mach' es nur unfruchtbar, also zu einem pignori non bono und für die bonitas nominis brauche nach §. 483 der Cedent nicht zu haften, so läßt sich doch gegen Gmelin mit gutem Grunde dieß einwenden: ein pignus potius ist ein Recht, das durch seine Ausübung das pignus inferius juristisch vernichtet. Nun aber ist es nach §. 485 gewiß, daß es auch als evictio gilt, wenn sich ausweist, daß Lasten auf einer Sache ruhen, welche der Erwerber derselben nicht als existirend vorauszusetzen brauchte und dieß ist hier nun gerade der Fall. Das bloße non bonum esse ist etwas ganz anderes, nämlich nicht die juristische Fehlerhaftigkeit des Rechts, sondern blos die faktische Insolvenz des debitor cessus bei einem an sich guten Rechte.

§. 484.

Ad voc. Nach der Meinung Vieler.

Man muß diese Meinung Vieler verwerfen, weil die zuletzt in not. y. cit. Gesetze allgemein sagen: der Schenker hafte an sich nicht de evictione. Die Gegner meinen zwar: bei der donatio generis müsse der Schenker haften, wenn er aus Versehen eine res aliena wählte, weil er doch auf sein Wort

halten müsse, und weil bei Legaten, welche doch auch eine Art Schenkung enthielten, der **heres oneratus** nach §. 910 seine Mißgriffe zu verantworten habe. Allein bei dem Schenker ist ja der Delikatesse wegen das Eigene, daß er wegen keiner **culpa** belangt werden kann — §. 163 — und daher auch nicht wegen der **mora** und heimlicher Mängel einsteht. Die Legate geben aber hier gar keine Analogie; denn bei ihnen hat es der Legatar mit dem **oneratus** zu thun, dem er keine Dankbarkeit schuldig ist, während bei der Schenkung der Schenker selbst sein Gegner ist. Besonderes Gewicht legen die Gegner auf

l. 46 de legat. 30.

aber wieder ohne Grund, weil dieß Fragment nur von der auf ein **dare** gerichteten **stipulatio** redet, wobei die Römer alter Wortbläbereien und des **structi juris** wegen Alles mit einer eisernen Strenge nehmen.

§. 14. 13. J. de act. 4, 6.
L. 25. §. 1. de contrah. emtione (18, 1.)
L. 25. de liberat. legat. (43, 3.)
L. 7. §. 10. de V. O. (45, 1.)

§. 485.

Ad voc. Unbekannt gebliebene Realservituten.

Die Gesetze in **not. d.** sagen ganz klar, daß der Verkäufer eines Grundstücks wegen der Realservituten nicht hafte, wenn er nicht in **dolo** war und keine Eviktionsleistung versprach. Die Anhänger der im **Comp.** erwähnten abweichenden Meinung suchen dieß nun wegzuchikaniren, weil ja der Verkäufer wegen der Pfandrechte und Personalservituten hafte und stützen sich dann auf einige Gesetze, worin entwickelt wird, was der Verkäufer zu bezahlen habe, wenn er wegen der Realservituten belangt werden könne. Offenbar folgt aber daraus noch nichts für die Frage: **wann** er wegen der Realservituten hafte, worüber allein die Gesetze **in not. d.** auf die vorhin

angegebene Art entscheiden. Die Sache begreift sich leicht. Denn nahe bei einander gelegene praedia dienen in der Regel nur einander auf diese oder jene Art durch Realservituten, während Pfandrechte uud Personalservituten keineswegs als Regel vorausgesetzt zu werden brauchen. Nun aber ist es ja ein bekanntes Prinzip, daß das quod in regione frequentatur als bekannt vorauszusetzen und insofern nicht zu gewähren ist.

§. 487.

Ad voc. „Alle Verwendungen."

In Ansehung der zierenden Verwendungen hat neuerlich

Brauer Erläuterungen 3. B. S. 619—621.

dem Satz des Comp. widersprochen, theils weil nach §. 358 der Ehemann wegen solcher Verwendungen auf die dos keine Vergütung fordern könne; theils wegen der Worte ut melior fieret in

L. 9. O. de evict. (8, 48.)

welche nach

L. 6. §. 3. de impens. (25, 1.)

nur auf die impensas utiles bezogen werden könnten. Allein nach

L. 43, 45. de act. emt. (19, 1.)

muß der Verkäufer dem evicto alle nicht ganz exsorbitenten impensas erstatten, welche er gegen den Evincenten selbst nicht retten kann, und dieß sind nach §. 710 im Ganzen gerade nur die impensae voluptuariae. Die Analogie vom Ehemann paßt hier durchaus nicht, denn er weiß ja daß die dos fremdes Gut ist, und mag sich daher gegen willkührliche luxuriöse Handlungen in Acht nehmen. Der gewöhnliche Käufer darf aber die Sache ganz als sein eigenes Gut behandeln und so begeht er durchaus keiner Fehler, wenn er sie auf vernünftige Art zur Anmuth mehr einrichtet. Auch

L. 9. C. cit.

kann gegen das Comp. nicht angeführt werden. Denn sie enthält nur ein Reskript auf gewöhnliche Art nach dem vor-

gelegten Falle eingerichtet, und da muß denn auch hier wie überall bei solchen Reskripten die Regel gelten: **unius positio alterius non est exclusio.**

§. 489.

Ad voc. Wirklich aus dem Besitz des Empfangenen.

Wenn die Eviction dadurch geschieht, daß der **evictus** als Kläger abgewiesen wird, weil er bei Geltendmachung eines ihm übertragenen **juris in re aliena** als Kläger den Prozeß verlor, so ist natürlich damit die **evictio** vollendet. Wird dagegen der Erwerber einer Sache von dem Evicenten auf Herausgabe der Sache belangt, so findet nach den Gesetzen **in not. y.** die Eviktionsleistungsklage gegen den Eviktor keineswegs schon dann statt, wenn der Beklagte rechtskräftig verurtheilt war, sondern erst dann, wenn nach dem Urtheil dem Sieger die Sache überliefert ist. Wahrscheinlich weil ungeachtet des Urtheils der Sieger die Eviktion nicht betreiben kann und insofern bis dahin der Schaden noch ungewiß ist. Auf diesem Grunde muß man denn auch, wie es das **Comp. ad not. x.** gethan hat, behaupten, daß der bloße Verlust der Sache **in possessorio §. 225** noch nicht zu einer Klage **de evictione** berechtigt, indem ja darin noch keine definitive Aberkennung liegt. Bei dem Tausch ist indeß eine Eigenheit, weil es nämlich dabei auf ein **dare** im strengen Sinne, d. h. auf eine sofortige Eigenthumsübertragung ankömmt, so kann hier nach den Gesetzen **in not. b.** der Erwerber gleich sein Interesse verfolgen, sobald nur auf irgend eine Weise bewiesen wird, daß die Sache eine **res aliena** sey, daß also der Vertauscher den Contrakt nicht erfüllt habe.

§. 491.

Ad voc. Kein Auctor zu diesem Beistande gezwungen.

Es ist allgemein **in praxi** angenommen, daß der Auctor,

wenn er der **litis denunciatio** keine Folge leistet, nicht zum Beistand gezwungen werden kann. Ein bestimmtes Gesetz haben wir zwar nicht dafür, allein die gute Frage: was man anfangen will, wenn der Auctor sagt: ich will nicht kommen, oder ich will den Mund nicht öffnen. Zwar hat Mühlenbruch **not. l. cit.** zweifelnd als **leges abstantes** angeführt.

L. 10. §. 12. in fine mandati (17, 1.)

L. 62. §. 1. L. 74. §. 2. de evictionibus (21, 2.)

Allein das **debet und convenire**, wovon hier geredet wird, kann auch recht wohl darauf bezogen werden, daß der Auctor, wenn er seiner Pflicht, dem Käufer beizustehen, nicht folgt, nur im Fall der Eviktion den Schaden vergüten muß, und daß er auf allen Fall zum Beistand aufgefordert werden kann.

§. 492.

Ad voc. Nicht einmal das von ihm als Gegenleistung Gegebene.

Ueber diesen Satz ist nach **not. 7.** ein ungeheurer Streit geführt, indem manche, und vorzüglich Alef, mit dem großen Eifer behauptet haben, wenn unbestimmt allgemein ein **pactum de non praestanda evictione** geschlossen sey, so könne doch der **evictus** das gegebene **Pretium** von seinem Auctor zurückverlangen; fast unbegreiflich ist diese Idee. Denn generelle Worte sind ja absolut zu nehmen und die Rückfoderung des **pretii** ist ja gerade im Wesentlichen ein Antrag auf die **evictio praestanda**, also unverträglich mit dem **pacto de non praestanda evictione.** Der weiche Salvius Julianus war freilich für unsern Fall anderer Meinung. Allein in

L. 11. §. 18. de act. emt. (19, 1.)

verwirft Ulpian jene Meinung des Julian auf's bestimmteste, und es sind offenbar Chikane, wenn Alef in das Gesetz etwas ganz anderes hineintrug, worüber ihm die beiden Böhmer den gebührenden Theil gegeben haben.

§. 494.

Ad voc. Außer wenn der Verkäufer ihn arglistig irren ließ.

Dieser Satz des Comp. wird von Vielen angenommen, weil der **dolus** doch immer ärger sey als die **culpa**, und für diese Idee sind denn auch die Gesetze in **not. m.** Man kann auch noch dafür angeben, daß arglistiges Schweigen des Verkäufers und noch mehr dessen Bemäntelungen das Uebersehen des sich auf Treu und Glauben verlassenden Käufers an sich entschuldbarer macht, besonders da nach Diktate zu §. 29 und 164 die Römer bei der **ignorantia facti** vieles nicht fordern, was sie sonst verlangen. Manche sind indeß mit Glück **not. o. cit.** der Meinung, jeder offenbare Fehler schade dem Käufer, auch wenn ihn der Verkäufer arglistig irren ließ, und zwar wegen

L. 55. h. 1. (22, 1.)

Allein hier sind ja nur die Folgen der **culpa** an sich erwähnt, aber es ist dabei nicht von einem konkurrirenden **dolus** des Verkäufers die Rede. Für die richtige Ansicht hat sich auch wieder erklärt

Gesterding Nachforschungen 3. Bd. S. 429—434.

§. 495.

Ad voc. Hängt es von der Willkühr des Käufers ab.

Früher hat man mit **Stryk not. b. cit.** häufig angenommen, und selbst in manchen teutschen Statuten, daß die redhibitorische Klage nur dann statt finde, wenn der Fehler überhaupt einem jeden die Sache ganz unbrauchbar mache, z. B. wenn ein Pferd stetig, bruchlahm sey, oder sich tückisch bäume, daß hingegen ein anderer selbst bedeutender Fehler nur zur Anstellung der **actio quandi minoris** berechtige, z. B. wenn ein Pferd ein Krippenbeißer sey, oder schläfrig, oder die Zunge schießen lasse. Wenn nun auch der fromme **Stryk**

auf Pferden der letzten Art reiten mochte und mit einer kleinen Entschädigung zufrieden war, so muß man sich doch gegen seine gutmüthige Theorie erklären. Denn man muß einem jeden seinen eigenen Gustus lassen, und so sagen die Gesetze in not. t. sehr weise, daß der Käufer bei bedeutenden Mängeln die Wahl zwischen der **actio redhibitoria** und **quanti minoris** habe. Stryk beruft sich zwar auf

L. 1. §. 8. L. 43. §. 6. h. l. (21, 1.)

aber offenbar verkehrt. Das erste Fragment spricht nämlich bloß davon, daß man wegen ganz unbedeutender Mängel gar nicht klagen könne. Das zweite dagegen handelt von dem eigenen Fall, wo der Käufer mit der **actio quanti minoris** das ganze **pretium** zurückforderte und nun doch die Sache behalten wollte. Dieß war denn offenbar eine Chikane und da erlaubt das Gesetz dem Richter die chikanöse **actio quanti minoris** als eine **actio redhibitoria** zu behandeln.

§. 496.

Ad voc. Gesellschaft von Sklavenhändlern.

Manche nehmen das, was das **Comp.** hier nur beschränkt in Betreff der Sklavenhändler sagt, ganz allgemein, weil das Edikt nur durch die Schlechtigkeit jener Leute veranlaßt sey, eine Regel für alle Käufer über die Soldatenpflicht aufzustellen. Allein es läßt sich dieß nicht rechtfertigen, denn nach den Gesetzen in **not. g.** soll die Forderungspflicht nur eintreten, **wenn** die Verkäufer **correi** sind, und das Edikt setzt nun bei dem Sklavenverkauf durch Sklavenhändler die Correalpflicht als Regel, wobei der Jurist nicht sagt, daß da eine Regel für andere Bürger veranlaßt sey, sondern daß die Regel in Betreff der Sklavenhändler die Schlechtigkeit dieser Leute zum Grunde habe.

§. 498.

Ad voc. Außer Stand setzte die Sache zurückgeben zu können.

Dieser Satz ist gewiß. Manche gehen aber noch weiter

und behaupten: die Redhibition finde auch dann von Seiten des Käufers nicht statt, wenn er die Sache gebraucht habe.

Mevius pass. IV. decis. 341.

Allein dieß ist gewiß falsch. Denn erst durch den usus lernt man ja die Fehler kennen, und es kann Niemand verwehrt werden bis zum Prozeß die Sache gehörig zu gebrauchen. Selbst die Veräußerung schadet ihm nicht, wenn er nachher die Sache wieder an sich bringt.

L. 48. §. 8. h. t. (21, 1.)

Uebrigens behauptet jetzt Gesterding in Linde Zeitschrift 6. Bd. 1. Heft S. 34—42 der Käufer habe die actio redhibitoria auch dann, wenn er die Sache culpose vernichtete. Allein es ist dieß ganz gegen

L. 47, 48, eodem.

Das Gesetz worauf sich Gesterding beruft, nämlich

L. 31. §. 11. eodem.

geht wegen der Worte redhiberi oporteret offenbar nur auf den Fall, wenn der Käufer mit der actio redhibitoria gesiegt hat und hinterher die Sache vernichtet.

Ad voc. Nützliche Auslagen.

Mehre unsrer Juristen behaupten mit Hellfeld not. u. cit. der Verkäufer brauche dem Käufer nur die impensas necessarias, also nicht die utiles zu vergüten. Die Anhänger dieser Idee berufen sich auf

L. 27. h. t. (21, 1.)

Allein sie vermengen zwei Dinge, welche durchaus unterschieden werden müssen. Der Käufer kann nämlich auf die Sache oder bei Gelegenheit derselben zweierlei Arten der Verwendungen gemacht haben, nämlich sogenannte expensas in Beziehung auf das Geschäft und impensas auf die Sache. Die ersten braucht der Verkäufer nur insofern zu vergüten, als sie nothwendig waren; denn waren sie es nicht, so waren sie unnütz und so lassen sich expensae utiles hier gar nicht denken. Der Verkäufer muß also z. B. dem Käufer die Kontraktskosten und das von demselben nach Ortssitte gezahlte

Schlüssel- und Halftergeld restituiren, nicht aber was der Käufer aus übertriebener Spendierlichkeit oder Eitelkeit sonst noch bezahlte, um sich zu erkennen zu geben.

Davon ist nun in **L. 27. cit.** bloß die Rede. Ganz anders verhält es sich mit den **impensis in rem**, weil diese in der Sache stecken, so wird der Verkäufer nach der Radihabition dadurch reicher, auch wenn sie bloß **impensae utiles** sind, und der Käufer, welcher sie machte, um so mehr Vergütung derselben verlangen, da schon bei der gewöhnlichen **rei vindicatio** der siegende Vindikant dem **bonae fidei possessor** die **impensas necessarias** und **utiles** vergüten muß. Auch ist über die **impensas** in

L. 29. §. 3. h. t. (21, 1.)

die Vergütungspflicht ganz allgemein ausgesprochen. Es läßt sich sogar behaupten, daß dem redhibirenden Käufer die von ihm nicht unsinnig aufgewandten **impensae voluptuariae** zu vergüten sind. Denn muß er sie ohne Vergütung restituiren, so machen sie ihn ärmer, nun aber soll ihn nach **L. 27. 29. §. 3. eodem.** der Verkäufer indemnisiren. Auch unterscheidet das letzte Fragment gar nicht zwischen den Arten der Verwendungen. Auf allen Fall versteht sich aber von selbst, daß ihm die **impensae voluptuariae** alsdann nach Grundsätzen des Interesse zu vergüten sind, wenn der Fall von der Art ist, wo nach den folgenden Sätzen des **Comp.** der Käufer überhaupt auf das Interesse klagen darf.

§. 500.

Ad voc. Bei onerosen Verträgen.

Von jeher war man darüber einverstanden daß der Verkäufer **ob laesionem enormem** das Geschäft anfechten könne, weil es nun einmal in

L. 2, 8. C. de rescind. vend. (4, 44.)

so entschieden sey. Viele wollten aber mit Cujacius nicht weiter gehen, sagend: jene Gesetze beruhten wohl nur darauf, daß man leicht durch die Noth zu einem Verkauf gezwungen

werde, welche sich nicht ausdehnen lasse, da man nicht leicht aus Noth zu theuer kaufe, miethe, pachte u. s. w. Die Praxis hat aber stets bei allen onerosen Kontrakten jedem enormiter lädirten Kontrahenten eine Anfechtungsklage gegeben. Wenn man sich zu diesem Zwecke auf

L. 78, 79. pro socio (17, 2.)

L. 6. §. 2. L. 12. §. 1. de jure dotium (23, 3.)

berief, so war dieß gewiß verkehrt, weil hier von Fällen die Rede ist, wo Jemand das Recht hat bis auf den letzten Heller genau alles zu verlangen was ihm gebührt. Allein die Praxis hat dieß für sich, daß es zwar niemand verwehrt werden kann einen guten Profit zu machen, wie es die Gesetze selbst sagen, namentlich für den Verkauf so wie für die Miethe.

L. 16. §. 4. (4, 4.)

L. 22. §. 3. L. 23. locati (19, 2.) Nov. 117. cap. 1.

Daß es aber doch immer für unwürdig gehalten werden muß, wenn man jemand, wie wir zu sagen pflegen, über das Ohr haut. So denken nun auch die Gesetze. Denn während auf der einen Seite dem Verkäufer ein guter Gewinn erlaubt ist, wird doch in

L. 2, 8. C. cit.

nicht eines präsumirten Zwanges, sondern der Billigkeit wegen dem Verkäufer eine Rescissionsklage gestattet und in allen **bonae fidei negotiis** haben beide Theile auf gleiche Billigkeit gleichen Anspruch. Auch ist in **l. 3. C. communia utriusque judicii (3, 38.)** allgemein gesagt, bei **bonae fidei negotiis** werde das **perperam** und **inaequaliter** nicht geduldet, welches denn in den andern Gesetzen näher bestimmt und bloß auf die **laesio enormis** bezogen ist.

Ad voc. Wenn er mehr als den doppelten Werth weggab.

In Ansehung des Verkäufers ist es nach

L. 2. C. de rescind. vend. (4, 44.)

gewis, daß er **enormiter** lädirt ist, wenn er nicht einmal die Hälfte des **justi pretii** erhielt, also z. B. nur 4 fl. für

eine Sache, welche 10 fl. werth ist. Allein wann kann man von dem Käufer sagen: daß er enormiter lädirt sey? Manche Glossatoren, namentlich Azo und Akursius, behaupteten, er könne schon über eine laesio enormis klagen, wenn er mehr als $1\frac{1}{2}$ des justi pretii der Sache gegeben habe, also z. B. 16 fl. für eine Sache, die nur 10 fl. werth ist. Diese zuerst von dem großen Mulinäus ernsthaft bestrittene und dann von vielen der besten Rechtslehrer und Mathematiker verlassene Theorie ist aber gewiß falsch und beruht auf einer verkehrten Behandlung des Ausdrucks: **laesio ultra dimidum.** Denn es ist hier ja nicht von einer Hälfte des plus die Rede, sondern von dem Verhältniß des Gegebenen zu dem Empfangenen, also davon, daß Jemand nicht einmal die Hälfte des Weggegebenen empfing und insofern eigentlich **ultra duplum** lädirt ist, wie es die **L. 2. cit.** gerade sagt. Der Käufer eines Objekts, welches 10 fl. werth ist, kann mithin erst dann als **enormiter** lädirt angesehen werden, wenn er in pretio mehr als 2 mal 10, also z. B. 21 gezahlt hat.

Ad voc. Durch sogenannte arbitratores.

Ueber diesen Punkt hat man verschiedene Meinungen, und dachte wohl gewiß diese 2 Fälle zu unterscheiden.

1) Dem **arbitrator** ist aufgegeben, etwas genau nach der Wahrheit zu bestimmen. Dann versteht es sich von selbst, daß jeder Rechnungsfehler desselben bis auf die letzte Kleinigkeit zu berichtigen ist. Denn hier hat der **arbitrator** gegen seinen Auftrag und gegen den Willen beider Theile gefehlt und fällt mithin unter das allgemeine Prinzip, daß jeder **error calculi** zu verbessern ist.

L. unica C. de errore calculi (2, 5.)

Darauf aber auch nur beziehen sich

L. 76—80. pro socio (17, 2.)

2) Dem **arbitrator** ist bloß aufgegeben, nach seinem billigen Ermessen den Preis zu bestimmen. Da hier der **arbitrator** durch seine Ansichten beide Partheien zu vertreten hat, so muß sein Anspruch behandelt werden, als

ob beide Theile selbst miteinander die Bestimmung getroffen hätten, und so kann hier auch im Ganzen von keiner Klage ob laesionem die Rede seyn. Daher sagt auch Justinian in

L. ult. C. de contrah. emtione (4, 38.)

für diesen Fall **omni modo secundum aestimationem esas et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire.** Manche haben daraus sogar geschlossen, daß hier nicht einmal wegen einer **laesio enormis** geklagt werden könne. Allein mit Recht läugnet dieß Noodt **ad Pand. Lib. 18. tit. 1.**, weil Justinian auf die Nebenfrage über die **laesio enormis** in **l. ult. C. cit.** gar nicht eingeht, und weil das, was als unverantwortlich dann keine Gültigkeit hat, wenn die Partheien selbst kontrahirten, unmöglich als etwas angesehen werden kann, wozu der dritte **arbitrator tacite** beauftragt sey.

§. 501.

Ad voc. „Bis zum wahren Werth."

Da die **L. 2. C. de rescind. vend. (4, 44.)** die Rescission dann wegfallen läßt, wenn das **justum pretium** nachgezahlt werde, und da dieser Ausdruck sonst den vollen Werth der Sache bezeichnet, so hat das **Comp.** hier gewiß recht. Einzelne Theoretiker haben dagegen gesagt: es brauche dem Verletzten nur so viel nachgezahlt zu werden, als nöthig sey, damit die **laesio enormis** nicht statt finde, also z. B. nur **2** fl., wenn der Verkäufer nur **3** fl. für ein Objekt von **10** fl. erhielt, weil dann der Verkäufer doch nur wenigstens die Hälfte des Weggegebenen habe und so nicht mehr **enormiter** lädirt sey. Allein das römische Recht ist nun bestimmt dagegen und so auch die Dekretal in **not. u.** Merkwürdig ist es übrigens, daß Napoleon, ohne von den Pandekten viel zu wissen, bei den Diskussionen zum **Code Napoléon** Art. **1681** die Idee jener Theoretiker **proprio morte** vertheidigte. Durch den Glauben an das positive Recht gebunden, waren aber die Staats-

räthe nicht für diese Idee, indeß mußte doch dem Kaiser ein Kompliment gemacht werden, und so ward dann beliebt, die Rescissionsklage falle weg, wenn der Käufer bis $^9/_{10}$ des justi pretii nachzahle.

§. 502.

Ad voc. Nicht gegen Dritte.

Diese Behauptung hat den einfachen Grund, daß die **laesio ultra dimidum** das Geschäft nicht eigentlich null und nichtig macht, sondern nur **ob aequitatem** eine **actio rescissoria** gegen den Lädirenden begründet. Analogie für den Satz des Compend. kann man auch im Diktate zu §. 452 finden.

Ad voc. Wohl aber der Fall, wenn er wußte.

Diese Ausnahme beruht auf der durch die Gesetze in **not. h.** begründeten allgemeinen Regel, daß man stets durch **consensus specialis expressus** oder **tacitus** seinem Rechte entsagen kann. Manche meinen nun zwar mit

Lauterbach not. i. cit.

die Kenntniß des wahren Werths schade in dem Fall nicht, wenn Jemand zu einem Handel aus Noth gezwungen sey. Allein aus allgemeinen Gründen läßt sich dieß nicht rechtfertigen, da der Zwang nur dann ein Anfechtungsgrund wird, wenn er als ein **injuste illatus** betrachtet werden kann (§. 454). Nimmt man nun aber den Satz an, daß die Wissenschaft der Läsion von einer Anfechtungsklage ausschließt, so muß man um so mehr mit **Lauterbach** behaupten, daß die Klage **ob laesionem** wegfällt, wenn der Kontrahent im Voraus derselben speciell entsagte. Zwar meinen Manche, die specielle Entsagung sey ohne Effekt, wenn der Verletzte den Werth der Sache nicht gekannt habe, weil ihn dann sein Irrthum entschuldige. Allein bei einer solchen Entsagung ward doch die Möglichkeit des Irrthums vorausgesetzt und alle **renunciationes in omnem eventum** sind gewiß wirksam. Dagegen aber muß man **Lauterbach** widersprechen, wenn er die rescissorische Klage **ob laesio-**

nem dann verwirft, wenn der Lädirte ohne die **laesio** zu kennen, oder der Klage wegen der **laesio** zu entsagen, den Vertrag eidlich bestärkt. Denn in diesem Fall afficirt ja der Irrthum auch seinen Eid und selbst nach kanonischem Recht wird das **judicium** als ein **comes necessarius** des Eides behandelt.

Ad voc. Keinen hinlänglichen Grund giebt.

Es ist nicht selten behauptet worden, daß bei dem Kauf auf einer öffentlichen Auktion nicht wegen einer **laesio enormis** geklagt werden kann, weil die Auktion das rechte Mittel sey, das **justum pretium** zu erhalten. Offenbar ist dieß nun verkehrt. Denn Mangel an Kauflust und **pecunia numerata** kann es leicht zur Folge haben, daß gerade auf Auktionen eine Sache am leichtesten verschleudert wird. Die Gegner haben daher auch positive Gesetze für sich anzuführen gesucht, und zwar

L. ult. C. si propter pensit. (4, 46.)
L. 8. C. de remiss. pign. (8, 26.)
L. 5. C. de fine (10, 3.)

Allein diese Gesetze sprechen von der **laesio enormis** gar nicht, sondern bloß davon, daß dem Eigenthümer, dessen Sache der Fiskus einem Dritten verkaufte, diese Sache nicht vom Dritten vindiciren, sondern nur mit einer Entschädigungsklage gegen den Fiskus auftreten kann; daß dagegen der Fiskus von seinem Kontrahenten nicht belangt werden könnte wegen einer **laesio enormis**, ist nirgends gesagt. Auch würde man davon, wenn es gesagt wäre, nicht auf jede öffentliche Versteigerung schließen können.

§. 507.

Ad voc. Daß das Eigenthum der Sache.

In vielen unserer Lehrbücher ist der Kauf dahin definirt: er finde statt, wenn Jemand das Eigenthum seiner Sache einem Andern für Geld überlasse. Es ist dieß aber durchaus verkehrt. Denn man kann ja auch bloße **res incorporales** verkaufen, also etwas, wovon man kein Eigenthum hat und

wenn Jemand ein dare, d. h. eine Eigenthumsübertragung für Geld oder andere Sachen verspricht, so gilt das Geschäft nicht als Kauf, sondern gehört, wenn es der Veräußerer erfüllt, nach den Gesetzen in not. b., zu den ungenannten Kontrakten. Man kann also nur unbestimmt sagen: ein Verkauf sey vorhanden, wenn Jemand seine Rechte an einer Sache einem Andern für Geld überläßt. Die Folgen sind wichtig, insofern nämlich, da wo ein **dare** versprochen ist, der **promissor** schon **ante evictionem** haftet, wenn die Sache als **res aliena** erscheint, während der Käufer in der Regel erst die volle **evictio** abzuwarten hat, wie schon bei §. 489 gezeigt ist.

Ad voc. Vorstehern der Provinz.

Den Provinzialmagistraten war schon von alten Zeiten her wegen der von ihnen zu befürchtenden Gewaltthätigkeiten in der Regel jeder Kauf verboten, sofern er nicht zum Unterhalt gehörte, wie die Allegate in **Not. l.** zeigen. Eben darauf beruhte auch das in §. 289 erwähnte Eheverbot. Da die Macht unserer Landbeamten, die Grobheit abgerechnet, sehr klein ist, so hat man bei uns jenes ganze Verbot fallen lassen. Man darf aber damit ein anderes Verbot nicht vermengen, welches freilich in Ansehung der **poena** auch jetzt wegfällt, nämlich: daß kein Beamter durch Privatkauf die Sachen an sich bringen darf, welche seiner Administration überlassen sind.

L. 34. §. 7. — L. 46. de contrah. emt. (18, 1.)
L. 7. C. de fide (10, 13.)

Darauf beruhte auch das, was im §. 412. **not. k. l.** in Beziehung auf Privatkäufe der Tutoren gesagt ist.

Ad voc. Im Zweifel für den Kauf die Vermuthung.

Da der Tausch älter ist als der Kauf, worüber sich Justinian sehr elegant in

§. 2. J. h. t. (3, 23.)

auf Homer berufen hat, so behaupten Manche mit

Carpzov pars 2. const. 13. def. 15. No. 17.

daß für den Tausch auch jetzt noch die Vermuthung streite. Allein da bekanntlich die alten Zeiten vorüber sind und der Kauf jetzt notorisch zu den gewöhnlichsten Veräußerungsgeschäften gehört, so muß man nun vielmehr im Zweifel das Geschäft als Kauf behandeln, wenn Geld und Waare geboten wird, also auch wenn es in gleicher Quantität geboten wird oder ein Ueberschuß der Waare nicht klar ist, wie es auch gewöhnlich angenommen wird. Die Sache ist wichtig, weil sich der Tausch in wesentlichen Punkten vom Kauf unterscheidet, besonders darin:

1) daß zum Tausch ein **dominium** des Vertauschenden gehört, wie schon im Diktat zu §. 507 bemerkt ist.
2) Daß die dinglichen Rechte des Verkäufers vor bezahltem **pretio** nicht auf den Käufer übergehen — §. 738. — während der, dem eine zum vertauschen bestimmte Sache übergeben ward, auch vor erfolgter Gegenleistung das Eigenthum erhält.

L. 4. C. (4, 64.)

3) Daß der Vertauscher die von ihm gegebene Sache in natura zurückfordern kann, wenn ihm die Sache, welche er bekam, evincirt wird

L. 1. C. eodem.

weil wie gesagt der Tausch nichtig ist, wenn einer der Geber nicht **dominus** war.

4) Daß der Vertauscher vor empfangener Gegenleistung das **jus poenitendi** hat, welches freilich nach deutschen Grundsätzen wegfällt, wie schon im Diktate zu §. 471 gezeigt ist. Uebrigens steht es jedem frei, seine Sachen durch einen sogenannten Freundesverkauf unter dem Marktpreise zu verkaufen, doch gilt natürlich auch dabei kein **agere in fraudem legis.** Wird also durch eine sogenannte **venditio uno noma** ganz und gar die Bedeckung eines andern Geschäfts bezweckt, so gelten ganz die im §. 456 erwähnten Principien der **Simulatio.**

L. 36. 55. de contrah. emt. (18, 1.)
L. 3, 9. C. eodem. (4, 38.)

Der Ausdruck **venditio uno nomo** oder **sestertio nomo** kommt daher, weil bei der **mancipatio** immer ein kleines Stück Geld blos zum Schein als Kaufpreis auf die Wage geworfen ward.

Averanii Interpret. Lib. 1. cap. 29.

§. 512.

Ad voc. Stillschweigende Erneuerung.

Die Lehre von der **relocatio tacita** ist vielfach bestritten. Man unterscheide so:

1) bei dem zum Fruchterwerb bestimmten **praediis rusticis** dauert die **relocatio tacita** nach **l. 13. §. ult. h. t.** (19, 2.) gewiß ein Jahr.

2) In Beziehung auf **praedia urbana** sagt jenes Gesetz **alio jure utimur ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur; nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensam est.** Manche wollen die ersten Worte **prout quisque** bis **obligetur** so nehmen, als ob gesagt sey: die **relocatio tacita** dauert so lange als die frühere Miethzeit gedauert hatte. Allein dazu paßt schon nicht das bloß auf ein Factum gehende **habitaverit.** Besser werden also jene Worte von den Mehrsten so übersetzt: dem Miether kann in jedem Augenblick aufgesagt werden, und nur für die Zeit des faktischen **habitaverit** wird die **relocatio** als obligatorisch angenommen. Allein schwieriger sind die Worte: **nisi in scriptis etc.** Einige sagen: mann müsse sie auf den Fall beziehen, wenn bei dem ersten Miethkontrakt ausgemacht sey, wie lange eine **relocatio tacita** dauern solle. Allein dann hätte das Gesetz von **reconducre** reden müssen. Auch bedurfte es über einen solchen sich von selbst verstehenden Satz keiner besondern Bemerkung. Andere behaupten daher, bei einer schriftlichen Verabredung der ersten Miethzeit gebe es gar keine **relocatio tacita**, welches aber wieder die großen Schwierigkeiten hat, da die **locatio**

als Consensualkontrakt auch durch **consensus nudus tacitus** geschlossen werden kann.

Da das Gesetz erst von **praediis rusticis** redet, dann aber sagt **ex praediis urbanis alio jure utimur** und dann doch wieder dem **alio jure** als Ausnahme jenes **nisi in scriptis etc.** gegenübersetzt, so hat es nach strengen grammatischen Regeln viel für sich, wenn Manche sagen: für den Fall jenes **nisi** gilt die für **praedia rustica** geltende Regel, also dauert, wenn die erste Miethzeit schriftlich verabredet wird, die **relocatio tacita** ein Jahr. Allein der Vernunft kann dieß nicht zusagen, denn wenn z. B. die erste Miethzeit schriftlich auf 8 Tage verabredet war, warum soll dann die **relocatio tacita** bei Gebäuden ein Jahr dauern? Da in der Regel bei Erneuerungen eines ältern Geschäfts und namentlich bei der Miethe die bisherigen Bedingungen als erneuert gelten, so hat es nach der Vernunft gewiß am mehrsten für sich, wenn eine dritte Parthei jene Schlußworte dahin versteht, daß die Termine der ersten Miethe auch für die **relocatio tacita** gelten, wenn jene Termine schriftlich verabredet waren. Manche wollen auch die mündliche Verabredung der schriftlichen gleichsetzen. Allein jenes **in scriptis** ist dawider und man muß sich um so mehr buchstäblich daran halten, weil das Gesetz sich auf das Gewohnheitsrecht beruft, welches bei den Römern doch überall seine großen Eigenheiten hatte. Neuerlich hat

Röhder Abhandlung. Gießen 1833 Nro. 1.

sich wieder weitläufig über diese Sache verbreitet, indem er das **prout quisque habitaverit** gewaltsam auf die verabredeten Termine der ersten Miethe bezieht und dann sogar jenes **nisi**, als ob es kein Gegensatz wäre, in Eintracht bringen will.

3) Ueber bewegliche Sachen und Dienstmiethe haben wir hier kein besonderes Gesetz und deßwegen viel Streit, indem einige philosophiren helfen wollen, andere aber analogisch die obigen Principien über Hausmiethe anwenden,

welches wohl gewiß das natürlichste ist, weil überhaupt bei Erinnerungen eines alten Geschäfts die alten Bedingungen präsumirt werden, doch braucht man hier auf die Skriptur kein Gewicht zu legen, weil wir über Dienstmiethe kein singuläres Gesetz haben.

L. 1. C. (11, 19.)

(Sin autem ex eorum numero fuerint, qui videntur intra Capitolii auditorium constitui, hi omnibus modis privatorum aedium studia sibi interdicta esse agnoscent, futuri quod si adversus coelestia statuta facientes deprehensi fuerint nil penitus ex illis privilegiis, consequantur, quae his, qui in Capitolio tontu modo docere praecepti sunt, merito deseruntur.)

§. 514.

Ad voc. Außerordentliche Reallasten.

So viel ist nach

L. 38. §. 21.

L. 48. pr. h. t. (19, 2.)

gewiß, daß der, welcher seine Dienste vermiethet, die Vollführung derselben in der Regel einem andern übertragen kann, natürlich nur insofern als der, welcher die Dienste miethete, nicht auf die besonderen Qualitäten des Dienstvermiethers Rücksicht genommen hatte.

Allein kann umgekehrt der Miether der Dienste denjenigen, welcher sie zu leisten hat, an einen neuen Dienstherrn durch einen mit diesem geschlossenen Kontrakt verweisen? Manche bejahen es. Allein es ist gegen die Regel, daß man durch den Vertrag nur seinem Kontrahenten verpflichtet wird und kein Gesetz ist hier für eine singuläre Ausnahme, daher auch Viele mit

Glück 17. Bd. S. 316—318.

jene Frage verneinen.

Ad voc. Außerordentliche Reallasten.

Es ist hier noch eine wichtige Nebenfrage zu erwähnen, nämlich wie es sich mit der Last der Einquartierungen und de-

ren acustosis, nämlich der Beköstigung verhält. Es ist darüber nach

not. g.

unendlich viel gestritten, und neuerlich hat man auch die Philosophie vielfach zu Hülfe gerufen. Am richtigsten ist es wohl gewiß nach römischem Recht wenn man sagt: jene Kosten sind, wenn der Regent selbst die Einquartirung zulegt, eine vom Verpachter zu vergütende Reallast, hat sie aber der Feind ausgeschrieben, so sind sie ein casus wegen dessen der Miether nach

§. 515. Nro. B. b. c.

bloß verhältnißmäßige Remission des Pachtgeldes fordern kann.

§. 515.

Ad voc. Das Eigenthum ertheilende Comixtion.

Durch Comixtio kann das Eigenthum auf den Miether oder Dienstvermiether übergehen, nämlich wenn er selbst die ihm anvertrauten Sachen mit seinen Sachen so comixtirt, daß sie nach Principien des §. 745 sein Eigenthum werden. Allein wo aus der Comixtio an sich nur eine **res communis** entsteht, da hat der Dienstvermiether nur den Fleiß anzuwenden, welcher überhaupt auf eine **res communis** zu wenden ist, z. B. verschiedene Befrachter eines Schiffs des Schiffers **A** schütten in dem Schiff ihre Getreide auf einen Haufen. Hier wird **A** nicht **dominus** des Haufens, aber er muß auf den Haufen als eine **res communis aliena** den gehörigen Fleiß wenden. Nur dieß ist in der berühmten

Lex. in navem Saufegii 31. h. t. (19, 2.)

ausgesprochen, woraus man sieht, daß die Römer eine nirgend weiter beschriebene **actio oneris** für den Fall hatten, wenn Jemand anvertraute Sachen ohne diebische Absichten unterschlägt.

Ad voc. Wenn die nicht percipirten Früchte.

Obgleich die Römer nach §. 478 das Princip haben, daß derjenige, dem etwas versprochen ward, vom Augenblick der

unbedingten Abschließung des Vertrags den casus zu tragen hat, so ist dennoch bei der Miethe das Gegentheil angenommen, und zwar auf diese Art:

I. Derjenige, welcher seine Dienste oder seine Sachen zum Bewohnen vermiethet, kann insoweit kein Miethgeld fordern als er seine Dienste nicht zu leisten vermag, oder als die Sache unbrauchbar wird, doch dürfen Kleinigkeiten nicht in Anschlag gebracht werden.

L. 1. §. 6. L. 2. §. 2. L. 27. pr. §. 1. L. 33. h. t. (19, 2.)

II. Der Pachter einer fruchttragenden Sache kann wegen Verunglückung der Früchte Remission fordern, aber nur wenn ein ungewöhnlicher Schaden statt findet, welcher unmäßig ist, ohne daß hier aber die Gesetze gerade eine **laesio ultra dimidium** fordern.

L. 2, §. 6. eodem.

Es ist dieß jedoch noch genauer so modifizirt:

1) der Pachter muß den Schaden tragen, welcher blos aus Verderbung des Saamens entsteht.

L. 55. §. 7. eodem.

2) Ebenso wenn die Früchte gleichsam durch sich selbst verderben, z. B. wenn der Wein auf dem Stock sauer wird, oder in den Wurzeln Würmer entstehen, oder wenn das Jahr ungiebig ist. Nur das von Außen kommende Unglück wird in Betracht gezogen.

L. 15. §. 2. 3. 5. eodem.

3) Ein Unglücksfall, welcher die percipirten Früchte trifft, geht auf Rechnung des Pächters, denn nach §. 738 werden durch **perceptio** voller **domn.** und ein Pachter kann nie wegen des Unglücks Remission fordern, welches seine eigene Sachen traf.

L. 1, 12. C. h. t. (4, 68.)

Ganz verkehrt ist es also, wenn manche Praktiker auch noch Remissionsforderungen gestatten wegen der zwar percipirten aber noch auf dem Felde liegenden Früchte,

oder gar wegen deren, welche nach dem Einführen untergingen. Die richtige Ansicht hat hier auch

Glück 17. Bd. S. 456.

doch will er ein kleines temperamentum zulassen, wenn der Pächter wegen des Untergangs seines Viehes das Land nicht bestellen konnte. Allein hier geht das Unglück ja von der Person des Pächters aus, und dieß hat, wie vorhin erinnert ward, der Verpächter nicht zu tragen.

4) Bei der **colonia partiaria** — §. 513 — als einer Art von Societät fällt der Schaden an sich **pro rata** auf beide Theile und also kann hier der Pachter nicht noch dazu Remission fordern.

L. 25. §. 6. h. t. (19, 2.)

§. 518.

Ad voc. Rathschlägen und Empfehlungen.

Ueber Rathschläge und Empfehlungen haben wir in den Gesetzen nur insofern bestimmte Aeußerungen, als sie sagen, der Urheber derselben werde an sich nicht verantwortlich, außer wenn er **in dolo** sey.

L. 7. §. 10. L. 8. de dolo (4, 3.)
L. 12. §. 12. mandati (17, 1.)

Dennoch muß man auch noch mit dem **Comp.** die unter Nro. a gemachte Ausnahme zulassen. Denn nach **l. 6. §. 5. eod.** gilt das **mandatum in gratia mandatarii** als Rath und soll doch verpflichten, wenn der Mandatar ohne das Mandat nicht würde gehandelt haben. In jedem Mandat liegt aber an sich das Versprechen für die Folgen des Mandats haften zu wollen. Soll also der Rath verpflichten, so muß der Berathene bloß auf den Rath bewogen seyn und der Rathgebende muß wegen der Folgen Garantie geleistet haben. Dieß ist nun auch von Glück **not. t. cit.** zugegeben, dann aber wieder von Andern geläugnet, wogegen sich aber Seuffert **not. t. cit.** mit Recht wieder erklärte, weil, wenn auch das **mandatum in**

gratia mandatarii nicht gilt, dennoch faktisch darin eine Garantie liegt, welche an sich noch nicht wirkt, aber nach den Gesetzen dann wirken soll, wenn der Mandatar ohne das Mandat nicht würde gehandelt haben.

Ad voc. „Aendert eben so wenig im Wesentlichen."

Weil in

§. ult. J. (3, 27.)

allgemein gesagt ist mandatum nisi gratuitum sit in aliam formam negotii cadere, in

L. 6. pr. h. t. (17, 1.)

aber es finde mandati actio statt si remunerandi gratia honor inter cesserit, so haben Viele, um eine Eintracht herauszubringen, die Inst. von dem Fall verstehen wollen, wenn im Voraus ein Honorar versprochen, die l. 6. cit. aber von dem Fall, wenn das Honorar hinterher freiwillig nachgezahlt wird. Allein erwägt man, daß ein für liberale Dienste versprochener Lohn nicht als Bezahlung, sondern nur als Ehrenzeichen gilt, also die Natur des Geschäfts nicht ändert.

L. 1. pr. si mensor (11, 6.)

Daß ferner L. 1. C. h. t. (4, 25.) selbst in dem Falle eines Salarii promissi wegen den andern gewöhnlichen Pflichten der Kontrahenten die actio mandati gestattet und bloß wegen des Salarii eine besondere Cognitio extraordinaria des Prätors fordert, womit auch

L. 7. L. 56. §. 3. h. t. (17, 1.)

übereinstimmt, und erwägt man endlich noch, wie leicht die sogenannten Ausüber einer ars liberalis das Liberale zur vollen Unverschämtheit benutzen, so ist das natürlichste Resultat dieß: der Mandatar, welcher sich als Ausüber einer ars liberalis ein Honorar bedingt, hört zwar deßwegen nicht auf Mandatar zu seyn, allein seine Honorarforderung gehört im Fall des Widerspruchs bloß zu Untersuchung des Prätors, also nicht der gemeinen Geschwornen, denen man überhaupt bei den delicten Punkten, wie z. B. den ope exceptionis kein rechtes

judicium zutraute. Diktate zu §. 1 — und so bleibt hier Alles der cognitio extraordinaria der praetores überlassen.

Ad voc. Den höchsten Fleiß.

Da nach gewöhnlichen Regeln — §. 165 — der Kontrahent, welcher allein Schaden hat, nur dolus und culpa lata zu prästiren braucht, so behaupten viele der Mandatar, dem kein Honorar versprochen sey, brauche nur dolus und culpa lata zu prästiren. Allein die Gesetze verpflichten wegen der culpa schlechthin.

L. 13. 21. C. de procurat. (2, 13.)
L. 11. C. h. t. (4, 35.)

Und in dem Haupigesetz über culpa nämlich

L. 23. de R. J.

wird das Mandat den Geschäften gleichgestellt, wobei omnis diligentia zu prästiren ist. Es begreift sich dieß auch wohl, weil die Römer das Mandat als ein dem Mandatar zur Ehre gereichendes Geschäft des freundschaftlichen Vertrauens ansehen, wobei der Mandatar aber deßwegen seine Pflicht als etwas besonders Heiliges zu betrachten habe.

Cicero Rhetori II. 13.

Vergebens berufen sich die Gegner auf

L. 8. §. 19. h. t. (17, 1.)
L. 10. eodem. L. 29. pr. eod. L. 10. Cod. de procur.

Denn in dem ersten Fragment untersucht Ulpian zuerst nur den Fall, wenn der Mandatar in dolo ist, verpflichtet ihn aber nachher auch de culpa. Im zweiten Fragment, wo freilich nur von fides die Rede ist, liegt auch keine Schwierigkeit, da die Römer das ex fide gerere auf die volle Erfüllung einer Pflicht beziehen.

L. 19. in f. de administr. lat. (26, 7.)
L. 3. §. 5. de jure fisci (49, 14.)

Ferner hat das dritte Fragment blos den Fall einer ignorantia facti alieni, wobei die volle Anstrengung nie verlangt wird, wie schon im Dictat zu §. 164 gezeigt ward. Das letzte Gesetz macht aber die wenigste Schwierigkeit, weil es ein unbestimmtes Reskript enthält ohne genaue Angabe des facti,

und insofern nur auf Fälle bezogen werden kann, worauf es nach sonstigen Grundsätzen paßt.

§. 524.

Ad voc. Einrede der Theilung.

In

L. 2. h. t. (14, 1.)

L. 13. §. 2. de inst. act. (14, 3.)

ist bestimmt für die **actio exercitoria** sowohl als für die **institoria** ausgesprochen, daß hier mehrere **praeponentes in solidum** haften. Wenn ihnen nun die Praxis, wie es im Compend. gesagt ist, dennoch die **exceptio divisionis** giebt, so beruht dieß auf dem allgemeinen Princip der Praxis, daß nach dem Rechte der Novellen alle **correi debendi** in der Regel die **exceptio divisionis** haben. Allein es ist schon im Diktate zu §. 138 gezeigt, daß die letzte Behauptung sich im Grunde theoretisch gar nicht rechtfertigen läßt.

§. 527.

Ad voc. Actio institoria.

Es ist merkwürdig, daß die **actio institoria** nicht nach dem Handelsherrn **praeponens** — sondern nach dem Diener — dem **institor** — benannt wird; während umgekehrt bei der **actio exercitoria** der Name der Klage auf den Herrn — den **exercitor** — und nicht auf den Diener — den **magister navis** — deutet. Der Grund war vermuthlich, weil man im Lateinischen gut sagen kann: **actio institoria** und **exercitoria**, aber nicht wohl **actio praepositoria** oder **magistralis**. Uebrigens giebt es außer der **actio institoria** auch noch eine **actio institutoria** in deren Namen eine Sylbe mehr vorkommt, und welche nach §. 605 ganz etwas anderes ist.

§. 528.

Ad voc. Niemanden.

Da in der Regel der Mandatar die ihm übertragenen

Geschäfte durch einen andern besorgen lassen kann, wenn der Principal nicht darunter leidet, so ist kein Grund einzusehen, warum der institutor nicht dieselbe Gewalt haben soll. Dennoch wird sie ihm von Manchen wegen **L. 1. §. 5. de exercit. act. (14, 1.)** abgesprochen. Allein hier steht ja vielmehr umgekehrt, man müsse den magister navis aus noch stärkern Gründen als dem institor die favultas substituendi einräumen; es ist hier also bloß ein Schluß von der einen durch die Praxis mehr ausgebildeten Klage auf die andere, welche Schlüsse wir mehrfach in Beziehung auf diese beiden Klagen finden.

L. 7. §. 1. L. 13. §. 2. de instit. act. (14, 3.)
L. 4. C. eod. (4, 25.)

So zeigt denn die **L. 1. §. 5. cit.** vielmehr, daß dem institor auf allen Fall nach der Praxis die facultas substituendi zustand.

Ad voc. Ganz irrig ist es aber.

Der hier gerügte Irrthum ist schon an sich ganz widernatürlich, denn wer Jemand zu einem Geschäfte beauftragt, der muß das geschlossene Geschäft nun auch so betrachten, als ob er es selbst geschlossen hätte. Nun aber gehört es ja zu den ersten Rechtssätzen, daß ein Kontrahent seinen Vertrag ganz erfüllen muß, ohne daß weiter gefragt zu werden braucht wie weit er jetzt berechtigt sey. Ganz klar sind darüber nun auch für unsern Fall die Gesetze **in not. k.** Dennoch hat

Huber not. k. cit.

das Gegentheil wegen

L. 1. §. 2. de exercit. act. (14, 1.)

behauptet. Allein die Worte dieses Fragments **peculiares merces** deuten ja offenbar auf die **actio tributoria §. 263,** wodurch der Vater nicht aus dem Grunde belangt wird, weil er für sich den Sohn zu einem besonderen Geschäft beauftragte — denn in der bloßen Eingabe eines **peculii** liegt kein solcher Auftrag — sondern weil er das **peculium** wieder an sich zog und nun als Besitzer des **peculii** aber deßwegen auch nur **peculiotenus** belangt werden kann.

§. 530.

„Cessio im Römischen."

In der jetzigen Sprache wird das Geschäft, wodurch Jemand welcher ein Klagrecht hat, dasselbe einem Andern, es sey nun für einen Preis oder unentgeldlich, **cessio** genannt, welche Ueberlassung denn auch **tacite** dadurch geschehen kann, daß Jemand die ihm gehörende Schuldverschreibung veräußert.

L. 44. §. 5. de legatis I. 30.
L. 59. de legatis III. 32.

Allein bei den Römern heißt **cessio** das auf eine vorangegangene Veräußerung des Rechts, welche dann nach Umständen **venditio permutatio** oder **donatio nominis** heißt — nachfolgende **mandatum ad agendum**, weil man nämlich glaubte, der dem ein Klagrecht zusteht kann doch nicht eher gegen den abgetretenen Schuldner klagend auftreten, als bis ihm der Veräußerer des Rechts dazu durch ein besonderes **mandatum ad agendum plene** legitimirt habe. Daher sind denn auch **cedere** oder **praestare actionem** einerlei.

L. 38. de evict. (21, 2.)
L. 7. de obligat. et act. (44, 7.)
L. 76. de solut. (46, 3.)
L. 11. 12. 21. C. de fid. (8, 41.)

Es war also die römische **Cessio** mehr nur eine steife Form und daher begreift es sich, wie nach **not. z.** die Kaiser sagen konnten: der Erwerber eines Klagrechts solle auch ohne **cessio** eine **actio utilis** haben, bei welcher Klage ihm dann ganz und gar eben die Rechte zustehen, welche er im Fall einer formellen **cessio** würde gehabt haben, indem hier ja gerade die Gesetze gleichsam das **mandatum ad agendum** ertheilen oder den Mangel desselben für unbedeutend erklären.

L. 47. §. 1. de negot. gestis (3, 5.)

Bei der eigentlichen römischen **cessio** heißt nun der Aussteller des Mandats **cedens.** Der neue Gläubiger ist **cui actiones mandantur**, oder **procurator**, oder **procurator in rem suam**, und der alte Schuldner gegen den er die Klage

durch Cession erwarb, ist contra quem actiones mandantur.

L. 3. pr. §. 3. de in rem verso (15, 3.)
L. 10. de obl. act. (44, 7.)
L. 1. C. 5. 58.

Da nun aber jetzt wie gesagt die cessio als unnöthig wegfällt, wenn Jemand sein Klagrecht durch Verkauf, Vertauschen oder Schenken einem Andern überläßt und abtritt, so hat man seit der Glosse diese Abtretung zu deren Vollendung keine cessio mehr gehört, cessio genannt und zwar für den Abtretenden den Namen cedens gewählt, für den neuen Gläubiger den Namen cessonnarius, und für den Schuldner den Namen debitor cessus. Diese neuen Namen haben leider wieder Verwirrung in der Wissenschaft gemacht, indem manche ernstlich darauf ausgingen, einen reellen Unterschied zwischen procurator in rem suam und cessionarius zu finden, während sie hätten sagen sollen: von unserm cessionarius gilt eben das, was die Römer von dem sagen, dem ein Recht abgetreten aber noch nicht förmlich cedirt ist, d. h. er kann sich noch ein besonderes mandatum ad agendum geben lassen, aber auch ohne ein solches kann er nach dem Recht der constitutionen actione utili eben so klagen, als ob ihm ein mandatum ad agendum gegeben wäre.

§. 532.

Ad voc. Welche Rechte dahin gehören.

Es ist eine höchst bedeutende Frage, welche Rechte cedirt werden können? Weil nach not. e. die nicht vererblichen Privilegien nicht cedirt werden dürfen, so haben unsere alten Juristen oft die Regel aufgestellt: Alles was sich vererbe sey cessibel, was sich aber nicht vererben lasse, das dürfe auch nicht cedirt werden. Allein dieß ist unnatürlich. Denn im Ganzen können Rechte als etwas, worüber man frei schalten darf, selbst ohne Zustimmung des Schuldners cedirt werden

L. 3. C. h. t. (4, 39.)

und die beschränkte Natur eines Rechts kann nach der Regel, daß Niemand mehr cediren darf als ihm selbst gehört, bloß dieß zur Folge haben, daß ein auf Lebenszeit des Cedenten beschränktes Recht nach der Cession erlischt, sobald der **cedens** stirbt, welches Prinzip wir auch täglich auf cedirte Leibrentenforderungen anwenden. Soll mithin ein Recht nicht cessibel seyn, so müssen dazu besondere Gründe beigebracht werden. Diese nun liegen entweder in einer ausdrücklichen Vorschrift einer Privatdisposition, oder der Gesetze, wovon nur nach §. 768 der **usus fructus** und **usus** ein Beispiel giebt.

Da übrigens nur Rechte aber nicht Verbindlichkeiten willkührlich abgetreten werden können,

L. 1. 6. C. (8, 42.)

so versteht es sich von selbst, daß ein Berechtigter, welcher wegen seines Rechts auch Gegenverpflichtungen hat, zwar wohl die **commoda** seines Rechts andern Personen überlassen, aber sich nicht von seinen Pflichten frei machen kann, wenn ihn nicht der Gläubiger frei läßt, wovon nach §. 514 die **Sublocatio** ein Beispiel giebt.

Indeß ist es in der Regel dem Verpflichteten erlaubt, die ihm obliegenden Handlungen von einem Andern vornehmen zu lassen, sofern nicht bei dem Geschäft auf seine **singul. industr.** gerechnet wird. — §. 519. §. 528. — Auch dabei hängt es natürlich wieder von der Beurtheilung des einzelnen Falles ab, und auch davon, was man als **minimum** und aus Honettität nicht achten soll.

§. 534.

Ad voc. Persönliche Privilegien.

Es ist eine alte Streitfrage, in wie fern bei der Cession eines Hauptrechtes auch die Privilegia des **cedens** auf den Cessionar übergehen. Alles scheint hier im Ganzen so bestimmt werden zu müssen.

1) Wenn der Regent einer Person namentlich nur für ihre Lebenszeit ein Privilegium verliehen hat, so kann sie es

nicht als Nebentheil eines andern Rechts cediren, aus dem einfachen Grunde, weil es nach dem vorigen Diktate cessibel ist.

2) Ist ein Privilegium nicht von dieser Art, so haben wir die Regel, daß Privilegia, welche einer Forderung beigelegt sind, auch auf den Cessionar übergehen, nicht aber die, wobei aus dem **favor personae** die Begünstigung entstanden sey.

L. 86. 196. de R. J.

Dieß ist nun auch höchst natürlich. Denn ist eine Forderung in sich beliebt, so ist es einerlei, wer sie geltend macht, z. B. nach §. 788, 807—814.

Die Anleihen **ad restituendam aedificium ad emendam militiam** und **armandam navem** — und da kann denn unbedenklich das gewöhnliche Prinzip angewendet werden, daß **accessoria** auf die Erwerber des Hauptrechts übergehen. Allein ganz anders ist der Fall, wo nur aus dem **favor personae** das Privilegium entstand. Hier hört mit der Cession das Interesse des **privilegiati** auf. Daher ist es denn auch angenommen, daß eigentliche Privilegia nur für den **minor** wirken, so lange er Inhaber des Rechts ist.

L. 42. adminis. lat. (26, 7.)

L. 19. §. 1. de rebus auct. jud. (42, 8.)

Unter den Auslegern ist indeß manches Schwanken entstanden, weil das Recht der **minorum** auf **restitutio in integrum oblaesionem** — §. 690 — nach

L. 6. de integ. restit. (4, 1.)

L. 2. C. de his qui in priorum (8, 19.)

auch auf deren Nachkommen übergeht, und so auch nach

L. 17. §. 5. L. 43. de usuris (22, 1.)

L. 2. C. de his qui in priorum (8, 19.)

manches Vorrecht des Fiskus auf dessen Cessionar. Allein gegen das erste hätte man sagen sollen: die **restitutio minorum ob laesionem** wird nicht eigentlich als ein **exorbitans** behandelt, sondern als Folge der **aequitas**, und gegen das letzte der eigennützige Fiskus auf alle nur mögliche Weise begün-

stigt, woraus man keine Regel für gewöhnliche Bürger machen kann.

Ad voc. Keiner eigenen Privilegien, selbst wenn.

Dieser Hauptsatz hat den einfachen Grund für sich, daß jeder Schuldner verbunden ist, sich die Cession gefallen zu lassen.

L. 3. C. de hered. vel. act. (4, 39.)

Nun aber ist der Cessionar Nachfolger des **cedens.** Wäre der letzte in eine privilegirte Lage gekommen, so hätte der Schuldner dawider keine Einrede, also hat er sie auch nicht, wenn der Cessionar die Stelle des **cedens** vertritt. Es giebt indeß Manche, welche den Hauptsatz des **Comp.** leugnen und dem Cessionar den Gebrauch seiner eigenen Privilegien in Rücksicht des **juris cessi** versagen, welcher Idee auch vielfach beigetreten

Mühlenbruch **Not. 3. cit.**

Allein außer den obigen allgemeinen Gründen haben wir auch noch besondere Gesetze für die Theorie des **Comp.**

L. 7. §. 2. de minorib. (4, 4.)

L. 38. pr. eodem.

L. 6. de jure fisci. (49, 14.)

Wenn man nur dabei erwägt, daß Ulpian im letzten Fragment seinen Satz gar nicht aus besondern Vorrechten des Fiskus ableitet, und daß in dem zweiten Fragment die abweichende Meinung des Paulus zwar hauptsächlich referirt wird, aber doch mit der praktischen entscheidenden Bemerkung, daß sie durch ein Reskript als falsch verworfen sey.

Uebrigens existirt kein Gesetz für die Behauptung des Faber **not. 5. cit.**, daß sich der Cessionar seiner Privilegien dann nicht bedienen könne, wenn die Cession schenkungsweise geschah.

Ad voc. Reales etc.

Wenn das cedirte Recht wegen seiner innern Schlechtigkeit, z. B. weil es durch Zwang erworben war, durch eine sogenannte **exceptio realis** über **rei cohaerens** angefochten

werden kann, so leidet es keinen Zweifel, daß der debitor cessus diese **exceptio realis** auch dem Cessionar entgegensetzen kann, weil Niemand befugt ist ein Recht weiter zu cediren, als er es hat. Allein wie verhält es sich mit den **exceptionibus personalibus**, d. h. wenn das cedirte Recht in sich untadelhaft ist, aber wegen besonderer Nebenverhältnisse zwischen dem **cedens** und **debitor cessus** hätte entkräftet werden können, wenn von dem **cedens** selbst geklagt wäre; z. B. der Sohn **A** hat gegen seinen Vater **B** eine infekute Darlehensklage, aber **B** besitzt nicht mehr als er zu seiner Lebsucht gebraucht und kann sich deßwegen nach §. 662 gegen den klagenden Sohn durch die **exceptio beneficii competentiae** schützen? Manche meinen nun, wenn **A** sein Recht an **C** cedire, so habe **B** die personelle **exceptio beneficii competentiae** auch gegen den **C**, weil die Cession die Lage des **debitor cessus** nicht verschlimmern dürfe, auf welche Idee jetzt auch wieder

Franke im Archiv für civilist. Praxis **16.** Bd. **13.** Heft Nro. **15.**

eingegangen ist. Allein der Schuldner hat ja kein Recht zu verlangen, daß sein erster Gläubiger ihm stehen bleibe, und wenn er sich den Wechsel der Kreditoren gefallen lassen muß, so kann er auch deßwegen nach stattgehabtem Wechsel die alten **exceptiones personales** gegen den neuen Gläubiger nicht mehr vorschützen. Dieß ist nun auch gesagt in

L. 4. §. 27—29. de doli except. (44, 4.)

bloß mit der milden Beschränkung, daß der Cessionar sich dann die **exceptiones personales** müsse gefallen lassen, wenn die Cession schenkungsweise geschehen sey.

§. 535.

Ad voc. Zu dessen Vortheil.

Da die Gestattung einer **exceptio** zum Vortheil des **debitoris** die Vernichtung des ganzen Rechts mit sich führt, so muß man diesen Satz des **Comp.** aufstellen, und es

ist gewiß falsch, wenn manche wegen des Ueberschusses dem Cessionar doch noch eine Einrede gestatten, wenn er als Besitzer Gelegenheit dazu hatte. Eben so falsch ist es, wenn manche behauptet haben, der Cessionar kann zwar das plus nicht fordern, aber der Fiskus kann es dem debitor cessus abnehmen. Schon in sich ist dieß ganz verkehrt, da hier ja den debitor cessus keine Schande trifft. Auch muß ihm das plus deßwegen verbleiben, weil in

L. 22. 23. C. mandati (4, 35.)

klar gesagt ist: er solle wegen des Ueberschusses gar nicht molestirt werden und da es doch gewiß eine molestia seyn würde, wenn der Fiskus das plus dem debitor cessus wieder abnehmen konnte.

Ad voc. Hat der Cessionar auf Verlangen.

Weil wir die Regel haben, daß der Beklagte als Excipient, d. h. wenn er sich indirekt gegen die Klage vertheidigt, als actor gilt, und da der actor im Zweifel den Grund seiner Klage beweisen muß, so haben Manche behauptet, der debitor cessus, welcher gegen den Cessionar die exceptio legis Anast. vorschütze, müsse beweisen, daß der Kläger nicht die ganze Summe bezahlt habe, worauf das jus cessum laute. Allein offenbar ist die exceptio leg. Anast. keine wahre exceptio. Denn nach den Gesetzen kann der Cessionar die ganze Summe, worauf das jus cessum geht, nur dann einfordern, wenn er sie ganz bezahlt hat. Er muß also dieß ad fundam actionem gehörige Faktum beweisen, und wenn der debitor usus bemerkt, daß der Kläger die vollständige Zahlung nicht angeführt habe, so ist dieß keine exceptio, sondern nur eine Rüge, daß der Kläger das ad fundandam actionem gehörige Faktum noch nicht vollständig angeführt habe, also im Grunde, wenn man es streng nehme, angebrachter Maaßen abgewiesen werden müsse.

§. 536.

Ad voc. Nach der gewöhnlichen Ansicht.

Die Unterscheidungen, welche das Comp. hier zwischen

bona und malafides macht, haben zwar eine ziemlich herrschende ältere Praxis für sich. Vergleicht man indeß die Gesetze in not. k. mit dem Satz der

L. 6. de jure fisci (49, 14.)

daß an sich gegen eine cessio an den Fiskus, welcher doch gewiß zu den mächtigsten gehört, nichts einzuwenden ist, so hat es gewiß alles für sich, wenn die mehrsten neueren Theoretiker sagten: die Nullität der Cession und die Verwirkung des cedirten Rechts treten nur ein, wenn sich Jemand, um seine Forderung durchzusetzen, arglistig durch Simulation einen potentior substituirt.

§. 537.

Ad voc. Für welches letzte die Vermuthung streitet.

Dieser Satz beruht auf dem einfachen Grunde, daß die Uebertragung der Proprietät die Rechte dessen, welcher veräußert, weit mehr mindert als die Gestattung eines bloßen Gebrauchrechts, und daß im Zweifel stets das Geringste zu präsumiren ist. Ward indeß der Wille **expresse** oder **tacite** auf Mittheilung des Eigenthums gerichtet, so wird es natürlich auf den andern **socius** übertragen. Dieß findet nun statt bei der **societas omnium bonorum** ihres Hauptzwecks wegen.

L. 1. §. 1. h. t. (17, 2.)

Ferner wenn Gelder eingeschossen werden, weil diese ohne Consumtion nichts nützen,

L. 58. §. eodem.

so wie wenn über das inferirte bestimmt ist, es solle **commune** werden, weil dieser Ausdruck schlechthin gesetzt auf eine volle Gemeinschaft, also auf die Proprietät geht.

L. 58. §. 1. cit.

Indeß giebt es hier nach **h. cit. t.** willkührliche **dissentientes**, welche absolut den Hauptsatz des **Comp.** leugnen oder durch selbst ersonnene Ausnahmen zu schmälern suchen.

§. 541.

Ad voc. Auf allen Fall bei Eingehung derselben.

Die Worte des Comp. „auf allen Fall" deuten an, daß man im Grunde noch weiter als das Comp. sagt, gehen sollte, welches auch behauptet werden muß. Denn in

L. 58. §. 1. cit. L. 1. §. 1. L. 2. h. t. (17, 2.)

ist der Satz absolut ausgesprochen, daß bei der universellen Societät das Eigenthum auf die andern **socios eo ipso** übergehe. Freilich soll nach

L. 52. §. 16. eod.

eine Collationspflicht statt finden, wenn nachher Güter erworben werden. Allein das faktische Beibringen einer Sache entscheidet noch nicht über die Frage: wer Eigenthümer sey, endlich spricht auch **L. 74. eod.**, welche man bisher zu dem beschränkten Satz des **Comp.** anführte, nicht namentlich von der **societas omnium bonorum.** Das absolute Erlassen der **traditio** bei jener umfassenden Societät begreift sich auch sehr wohl, da sonst leicht eine unendliche Menge successiver Formalitäten nöthig würde. Wenn übrigens

Franzke ad Pand. lib. 17. tit. 2. Nro. 41.

auch bei nicht universellen Societäten die **traditio** erläßt, so ist dieß gegen die bestimmten Vorschriften in

L. 1. §. 1. L. 2. L. 58. §. 1. eodem.

Ad voc. Welche vor Eingehung der Gesellschaft.

Weil bei Gelegenheit eines vorgelegten Falles Paulus in

L. 27. h. t. (17, 2.)

sagt: aus der Societätskasse sey zu zahlen **omne aes alienum quod monente societate contractum est**, schließen manche daraus, daß die vor Eingehung der Societät contrahirten Schulden nicht auf die Societätskasse fallen. Allein auf bloß gelegentliche Aeußerungen der Klassiker kann das **argumentum a contrario** nicht angewendet werden, sondern nur die Regel

unius positio alterius non est exclusio; die vorgesellschaftlichen Schulden müssen aber auch auf die Kasse der **Societas omnium bonorum** fallen, weil jeder **socius** Alles daraus nehmen darf, was er nebst den Seinigen nöthig hat und weil alle **activa** eines jeden **Socii** gemeinschaftlich werden, auch überall die Regel gilt: **bona intelliguntur cujusquae de ducto aere alieno supersunt.**

L. 39. §. 1. de V. S. (50, 16.)

§. 542.

Ad voc. Im Zweifel Kopftheile machen muß.

Ueber diesen Punkt hat der Anfang der

L. 29. pr. h. t. (17, 12.)

viel Streit veranlaßt, und manche wollen daher gegen allen Sprachgebrauch, daß man darin unter **partes aequae** verhältnißmäßige Theile nach Maßgabe der Einschüsse und nicht gleiche oder Kopftheile verstehe, während andere darnach behaupten: der Richter müsse Kopftheile machen, wenn über die Theilung nichts verabredet sey. Allein da der Richter nach römischem Recht bei der **Societas** die **pacta adjecta** nicht zu achten braucht, wenn sie zu dem Verhältniß der Einschüsse nicht passen, so muß er um so mehr nach Maßgabe der Einschüsse theilen, wenn über die Theilung nichts verabredet sey. Der Anfang der **L. 29. cit.** kann also nur auf das bezogen werden, was der Richter im Zweifel zu thun hat, wenn kein Ueberschuß der Einschüsse erwiesen wird. Dafür sind denn auch

L. 6. 80. eodem.

§. 546.

Ad voc. Nicht durch ein.

Dieser Satz ist völlig gewiß, doch streitet man über die Gründe. Viele suchen den Grund darin, daß das **mutuum** ein **stricti juris negotium** gewesen sey. Allein dafür giebt es nach Diktat zu §. 71 keine Beweise. Viel besser paßte es, wenn Andere die Sache so erklärten: das **mutuum** ist ein

Realkontrakt und eine obligatio ex re kann an sich nicht weiter gehen, als die empfangene res.

L. 17. pr. depactis (2, 14.)
L. 11. §. 1. h. t. (12, 1.)

Die Zinsen sind aber stets ein plus. Daher konnten bei den Römern in mutuo keine Verzugszinsen gefordert werden, und ebenso wenig die, welche durch ein pactum adjectum versprochen, weil die Römer nach §. 470 die pacta adjecta nicht als Theil des Hauptvertrages behandelten, welche der Natur des letzten widerstritten. Natürlich hatten aber die Römer nichts dagegen, wenn der Empfänger eines mutui durch eine selbstständige stipulatio erlaubte Zinsen versprach, weil Alles, was als pactum adjectum nicht bestehen kann, in der Form der selbstständigen stipulatio klagbar gemacht werden kann, wenn es nur an sich den Gesetzen nicht verhaßt ist. Ward nun dem mutuo eine solche stipulatio der Zinsen hinzugefügt, so ist es auch nicht weiter mutuum sondern foenus.

Heinecii Antiquit. Lib. 3. tit. 15. §. 3.

Ad voc. Merkwürdige Ausnahme.

Der Grund, warum das Comp. hier die angegebene Billigkeitsentscheidung des Juventus Celsus in

L. 32. h. t. (12, 1.)

eine Ausnahme nennt, liegt darin, weil nach dem Diktate zu §. 449 der error in persona den Vertrag nichtig macht, und weil es also eine Abweichung ist, wenn in dem erwähnten Fall dennoch gegen den Irrenden eine Darlehensklage gestattet ist. Daher wollen denn Manche die oft sogenannte condictio juventiana, welche man nach andern Analogien wohl am besten actio mutui utilis oder in factum nennen konnte, eine condictio ex lege, oder eine condictio sine causa, oder de in rem verso utilis nennen, wobei man denn ohne Gefahr aussprechen kann: in verbis simus faciles.

§. 548.

Ad voc. Der Werth gefordert wird.

So viel ist ausgemacht, daß mehrere Kommadatare, wenn

eine untheilbare Sache in natura zu restituiren ist, nach den gewöhnlichen Regeln des §. 138 in solidum haften. Eben dieß ist nun aber auch der Fall, wenn sie wegen der aestimatio einer untergegangenen Sache belangt werden können, wie es in

L. 5. §. 15. h. t.

klar gesagt ist. Zwar leugnen dieß Manche wegen

L. 11. §. 2. de duobus reis (45, 2.)
Nov. 99. cap. 1.

Allein hier steht ja nur die allgemeine Regel, daß im Ganzen Correalpflichten nicht anzunehmen sind, welche Regel aber bekanntlich allerlei Ausnahmen hat, und namentlich auch nach

L. 5. §. 15. cit.

bei dem **commodato**. Dieß hat nun auch

Thomasius ad Huber L. 13. cit. §. 2.

zugegeben, doch meint er in

L. 21. §. 1. eodem.

stehe das Gegentheil, und so sey eine offenbare Antinomie. Allein das letzte Fragment spricht nicht von Pflichten, welche an sich **ex commodato** entstehen, sondern von einem **pacto adjecto**, wodurch mehrere Commodatare sich **communiter** verpflichtet hatten. Das **communiter** geht aber nach §. 126 bis 128 gerade nur auf Pflichten **pro rata**.

§. 551.

Ad voc. Depositum irregulare.

Ueber das **depositum irregulare** und das Verwandeln des anfänglichen **depositi** in ein anderes Geschäft scheint unter den klassischen Juristen noch einiges Schwanken stattgefunden zu haben, weil sie **novationes tacitas** zuließen und dabei unter sich über die einzelnen **tacita** sehr in Streit waren, durch

L. 8. C. de Nov. (8, 42.)

wo jener Streit genau erzählt ist, hat dieß Justinian aber insofern abgeschnitten, als er verordnet, daß ohne **verba expressa** nie eine **novatio** angenommen werden, und daß da,

wo solche fehlen, das Alte mit dem Neuen vereinigt werden soll, wo denn natürlich der Nothwendigkeit wegen doch ausnahmsweise auch ohne **verba expressa** eine privative Novation angenommen werden muß, wenn das Alte mit dem Neuen im Wesentlichen ganz unverträglich ist, über welches alles erst im Diktat zu §. 595 mit voller Genauigkeit gehandelt werden kann. Da nun das **depositum** seinem Begriff zufolge auf unentgeltliche Bewachung einer **res aliena** geht, so hört es **eo ipso** auf, wenn dem Depositar ein Dienstlohn versprochen, oder wenn ihm das Eigenthum der Sache überlassen wird.

Ad voc. Schwer zu vertheidigen ist.

Die Gründe dieses Satzes werden sich besser im Diktate zu §. 571 rechtfertigen lassen.

§. 553.

Ad voc. Sequestratio necessaria.

Die sogenannte **Sequestratio necessaria** kann von dem Richter verfügt werden, und zwar von Amtswegen, wo er überhaupt **ex officio** verfahren darf, z. B. des öffentlichen Bestens wegen, so wie wenn etwas unter seinen Schutz gestellt ist oder auf Anrufen des interessirenden Theils in allen Fällen, wo eine wahrscheinliche Gefahr droht, welche durch Sequestration abgewendet werden kann, also namentlich wenn der, welcher wegen einer Mobilie in Anspruch genommen wird, der Flucht verdächtig ist, oder wenn man fürchten muß, daß der Schuldner eine dereinst von ihm zu restituirende Sache vorher verwüsten werde, oder wenn zu besorgen ist, daß die streitenden Partheien während des Prozesses handgemein werden. Sequestrationen einer Person können aus solchen Gründen auch vorkommen, namentlich wenn ein Mädchen als Braut oder als Tochter von zwei Männern in Anspruch genommen ward, oder wenn nach Trennung der Ehe von der angeblich schwangern Frau eine **partus suppositus** zu befürchten ist.

Sind Damen zu sequestriren, so muß eine honette Dame als Sequester angestellt werden, worüber

Glück not. s. cit.

recht solide gehandelt hat.

§. 554.

Ad voc. Gegen das Eigenthum derselben.

Ueber die zur Natur des Tausches gehörende Eigenthumsübertragung und die übrigen Verschiedenheiten zwischen Kauf und Tausch ist schon im Diktate zu §. 507, 509 das Nöthige gesagt.

§. 557.

Ad voc. Precarium.

Die Römer hielten ursprünglich das **precarium** für gar kein obligatorisches Geschäft,

L. 4. L. 22. §. 1. de precario (43, 26.)

L. 14. §. 11. de furtis (47, 2.)

obgleich es so gut wie das **commodatum** die Merkmale eines Realkontrakts hat, und recht wohl unter die Formel der ungenannten Kontrakte **do ut des** gebracht werden könnte. Daher hatte denn der **precario concedens** civilistisch keine Kontraktsklage auf Rückgabe, und deßwegen ward ihm denn wohl vom **praetor** das nachher im **Comp.** genannte **interdictum de precario** gestattet, um durch Billigkeit nachzuhelfen. Ueber den juristischen Gesichtskreis hinaus sucht dies sogar Savigny **not. k. cit.** mit dem **ager publicus** in Verbindung zu bringen. Allein es kann noch wohl leichter dahin erklärt werden, daß die Theorie die durch alte Civilpraxis angenommenen ungenannten Kontrakte gestattete.

L. 1. §. 2. L. 19. §. 2. h. t. (43, 26.)

Und insofern kann man es nur mit Vielen einen ungenannten Kontrakt nennen. Uebrigens hat

Fritz Rechtsfälle 1. Bt. S. 177—229.

Recht, wenn er sagt: das **Precarium** unterscheidet sich vom **Commodat**, daß bei dem ersten die Sache zu einem unbestimmten, bei dem letzten aber zu einem bestimmten Gebrauch gegeben werde, denn in dem **tit. commodati** und in dem **tit. de precario (43, 26)** ist für beide Geschäfte auf gleiche Art in Betreff des Gebrauchs aller Arten der Sache ohne Rücksicht auf die Gränzen des Gebrauchs die Rede. Bloß dadurch ist in

L. 2. §. 3. (43, 26.)

das **precarium** charakterisirt, daß es statt finde, wenn Jemand auf sein Bitten die Gestattung ausgewirkt habe. Wenn also Jemand **proprio modu** eine Sache zum Gebrauch verleiht, wie es gewöhnlich der Fall ist, wenn Jemand einen Gast aufnimmt oder Jemand in sein Haus einlogirt, so gilt das Gesetz nicht als **precarium**, sondern als **commodatum.**

L. 1. §. 1. eodem.

§. 558.

Ad voc. Litteralkontrakte.

Schon im Diktate zu §. 467 ist es angeführt, daß die Römer in alten Zeiten wirklich einen Litteralkontrakt hatten, der aber später verschwand, und daß nun Justinian in den **Instit.** etwas erwähnt, was erst unter den spätern Kaisern eingeführt ward, aber kein Litteralkontrakt ist, nämlich daß der, welcher in einer Urkunde etwas empfangen zu haben und dafür **obligatus** geworden zu seyn bekennt, die Urkunde vorläufig nicht als beweisend anzunehmen braucht, und die darauf gegründete Rückforderungsklage durch die unbewiesene **exceptio non numeratae pecuniae** niederschlagen kann. Nach Ablauf einer gewissen Zeit aber, welche Justinian auf zwei Jahre setzte, die Urkunde unbedingt als beweisend anerkennen muß. Jene **exceptio** fällt indeß weg, wenn die geschehene Zahlung durch andere Beweismittel dargethan wird, so wie wenn in der Urknnde angegeben ist, daß der Aussteller schon früher als Empfänger ein **debitor** geworden sey, und wenn dabei die frühere **causa debendi** besonders angegeben ist.

L. 13. C. h. t. (4, 30.)

Dabei ist noch dieß zu bemerken:

1) nach Ablauf der zwei Jahre ist zufolge des römischen Rechts auch nicht einmal der Gegenbeweis der nicht erfolgten Zahlung erlaubt, welches manche zwar wegdisputiren wollten, aber gegen die klare Gesetze in **not. x.**

2) Gewöhnlich pflegt man jene Grundsätze über die **exceptio n. n. p.** nur dann zuzulassen, wenn eine Handschrift über ein Darlehen ausgestellt ist, so daß man also andere Empfangsurkunden sofort als beweisend gelten läßt. Allein es sind in

L. 14. C. eod.

jene Grundsätze bloß mit Ausnahme des **depositi** für alle **contractus** angenommen **in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur.** Zwar hat

Glück 12. Bd. S. 175—177.

für die falsche Lehre noch wieder angeführt, daß jenes Gesetz nur von **credita pecunia** rede. Allein er hat seine eigne frühere Bemerkung im Bd. 11. S. 460 bis 462 vergessen, daß das Wort **credere** gar nicht bloß auf das Darlehen geht, welche Bemerkung sehr gut war, wie man aus

L. 1. pr. L. 2. §. 3. de rebus creditis (12, 1.)

sehen kann.

§. 561.

Ad voc. Aber nicht ohne alle Formen.

Die frühere Lehre unserer Juristen ging fast unbedingt dahin: die **donatio** sey durch Justinian zu einem **pacto legitimo** — §. 466 — dadurch erhoben, daß er in

L. 33. §. 5. C. h. t. (8, 54.)

verordnet habe: aus jedem **pacto nudo donationis** könne geklagt werden. Allein verbindet man damit

L. 25. 29. C. h. t. (8, 54.)

so ist es offenbar, daß Constantin und dessen Nachfolger zum Schenkungsvertrage die Form einer Skriptur oder einer Erklärung vor Zeugen verlangten, und daß diese Form des Vertrages von Justinian nicht erlassen ist, sondern nur das einzige, daß man früher nach der lex Cinica die Schenkung nur dann als obligatorisch ansah, wenn zu dem Vertrag noch die reelle Tradition der geschenkten Sachen hinzugekommen war. Dieß hat Marezoll in dem not. e citirten Magaz. sehr gut ausgeführt, doch hat es keine weitere praktische Bedeutung, weil man das Prinzip der Klagbarkeit aller einfachen Verträge als eine deutsche Eigenthümlichkeit mit Recht auch auf die Schenkung angewandt hat.

§. 562.

Ad voc. Wenn zugleich mehreren Personen geschenkt.

Wenn **A** in demselben Augenblick **communiter** z. B. **900 solidos** an **B C D** schenkt, so haben dieß bisher Viele als eine einzige Schenkung behandelt, mithin, wenn die Insinuation fehlt, die Schenkung auf **500 solidos** reduzirt. Allein gewiß richtiger sagt

Marezoll not. u. cit.

daß hier zwar ein Schenker existirt, daß aber, weil **B C D** gleiche Rechte **pro rata** im Grund drei Schenkungen erwerben, jede zu **300 solidos** vorhanden sind.

Ad voc. Arglistige Umgehung der Gesetze.

Die Umgehung des Gesetzes will hier Marezoll **not. x. cit.** für unschädlich erklären, weil sie kein Gesetz besonders verbiete. Allein wir haben ja das allgemeine Prinzip, daß jede Handlung **in fraudem legis** verboten seyn soll, welches Prinzip die Römer auch auf verbotene Geschenke anwandten,

L. 29. 30. de leg. (1, 3.)
L. 7. §. 3. ad Sct. Maced. (14, 6.)

L. 5. §. 4. L. 7. §. 6. L. 32. §. 24.
L. 49. de donat. inter vivos. (24, 1.)

und welches um so mehr auf unsern Fall angewandt werden muß, da gerade das Gebot der **insinuatio** Betrügereien zum Nachtheil Dritter abwenden sollte, daher hier auch Justinian die rückwirkende Kraft der **ratihabitio** nicht annahm, wie schon im Diktate zu §. 111 gezeigt ist.

Ad voc. Das Interesse dritter Personen.

Diesen Satz hat Marezoll **not. b. cit.** geläugnet und daher die eidliche Bestärkung gelten lassen, aber wohl gewiß mit Unrecht. Da

L. 25. C. h. t. (8, 45.)

mit ausdrücklichen Worten sagt, daß die **insinuatio** häusliche Betrügereien abwenden solle, und da aus demselben Grunde in **L. 11. C. qui pat.** (8, 18.) auch auf die gerichtliche Pfandbestellung so großes Gewicht gelegt ist. Nun aber ist auch nach römischem Recht ausgemacht, daß Eide **in praejudicium tertii** niemals gelten.

§. 563.

Ad voc. Nicht aber vom Schenkenden selbst.

Dieser Satz folgt von selbst aus der Regel, daß Niemand sein eigenes Faktum anfechten kann — §. 78 — so wie daraus, daß die **legitima** nur nach dem Zustande des Vermögens im Augenblick des Todes zu berechnen ist. — §. 962 — Dennoch behauptet jetzt wieder

Franke **not. n. cit.**

das Gegentheil wegen der allgemeinen Worte: **ad patrimonium tuum revertetur** in

L. 5. C. h. t. (3, 29.)

Allein diese können ja auch auf das bezogen werden, was nach dem Tode des Schenkers die Klage des Notherben bewirkt

L. 66. de jure dotium (23, 3.)

verglichen mit 13. J. de usu fructu (2, 4.) Indeß will doch wieder

Mühlenbruch in Glück 3. B. S. 38.

dem Schenker selbst bis auf den Betrag der legitima nachgeborner Kinder die actio revocatoria gestatten.

Ad voc. Kommt nicht in Betracht.

Gewiß ist es nach
frag. Vatic. §. 271. L. 82. §. 3. de legat. II. 31.
L. 1. S. pr. C. h. t. (3, 29.)

daß die querela inofficiosae donat. statt findet, wenn die unmäßige Schenkung in betrüglicher Absicht geschah. Daß aber diese Absicht ein Requisit sey, sagt kein Gesetz, und so läugnet es das Comp. mit Vielen. Weil indeß nach L. 2, 34. C. eodem. nur ganz unmäßige Schenkungen als an sich ganz unzulässig vorkommen, so hat jetzt

Mühlenbruch in Glück 36. Bd. S. 74—97.

diese Idee auszuführen gesucht. Die böse Absicht sey zu erweisen, außer wenn die Schenkung als gar zu leichtsinnig und unmäßig erscheine. Erwägt man indeß, daß zu dem exhaurire nicht gerade das Weggeben aller Güter gehört.

L. 6, 7. C. eod.

Daß ferner Niemand eines künftigen Erwerbes gewiß ist, weil Jeder in der nächsten Minute sterben kann, und daß so eine Pflichtwidrigkeit darin liegt, wenn Jemand durch Schenkungen selbst das Wenige angreift, was er seinen Notherben als legitima hinterlassen sollte, so bedarf es hier des arbitrii judicis nicht, welches Mühlenbruch haben will, sondern man muß sagen: der schlechte Wille ist schon an sich durch jede donat. inofficiosa ausgedrückt.

Ad voc. Nie die ganze Schenkung.

Dieser Satz ist vielfach angefochten und neuerlich noch wieder von Zimmern not. u. cit. mit allerlei ganz widernatürlichen Distinktionen. Daß nämlich die querela inoff.

donat. immer nur bis auf die legitima angestellt werden kann, ergiebt sich bestimmt aus l. 2, 7, 8. §. 1. Cod. eod.

L. un. C. de inoff. dote (3, 30.) — Nov. 92.

Dieß begreift sich auch wohl, denn diese Querel ist ein neueres Institut. Solche Institute wurden aber immer möglichst nach der Vernunft ausgebildet, und eine Klage bloß auf die legitima ist nach der Regel **utile per inutile non vitiatur** gewiß das natürlichste. Die Gegner berufen sich zwar besonders auf

L. 87. §. 3. de legatis (31.)

Allein man kann mit den neusten Vertheidigern die richtige Ansicht, wozu nun auch Mühlenbruch in Glück 36. Bd. S. 97—112, 128, 129 gehört, genau an sich gar nicht bestimmten Fragment schon dadurch ganz leicht ausweichen, daß man sagt: die spätern Kaiser änderten Vieles an den Sätzen der klassischen Juristen, und hier sprechen es die spätern Constitut. jede Novelle auf's deutlichste aus, daß die querela inoff. donat. nur in so weit angefochten werden kann, als es ad supplementam legitimam des Querulanten erforderlich ist.

§. 567.

Ad voc. Rechtsgültiges Versprechen.

Weil das Wort donare mehrfach da gebraucht wird, wo bei der Schenkung gleich die traditio statt fand, so behauptet Müller not. n. cit. die donatio mortis causa werde überhaupt nur durch wirkliche traditio vollendet. Allein mit Recht haben ihm darin

Hasse und Schröter not. n. cit.

widersprochen, indem wir in den Gesetzen vielfach auch ohne alle traditio eine donatio mortis causa durch bloßen Vertrag finden, wie Schröter durch eine ganze Menge von Belegstellen gezeigt hat.

Ad voc. Vor fünf Zeugen.

Eine eigene Idee über diesen Punkt hat jetzt Mühlen-

bruch not. p. cit. Er meint nämlich: es bedürfe keiner fünf Zeugen, wenn die Schenkung nicht mehr als 500 solidos betrage. Allein gegen diese Idee ist schon ganz entscheidend das absolute **omnes mortis causa donationes** in **L. ult. C. h. t.** (8, 57.) so wie die Vorschrift dieses Gesetzes, daß **donationes mortis causa** als **ultima voluntas** behandelt werden sollen. Nun aber sind bei allen letzten Willensordnungen außer den Testamenten durch

L. 8. §. 3. C. de jure codicill. (6, 36.)

stets fünf Zeugen gefordert. Dazu kommt, daß die Sicherheit überall bei letzten Willensordnungen stärkere Beweismittel nöthig macht, als bei Geschäften unter Lebenden, weil der Todte sich nicht mehr wehren, also am leichtesten durch Betrüger angelogen werden kann, welches Prinzip auch bei Testamenten durchgeführt ist, wie im Diktate zu §. 891 ausgeführt werden soll.

Ad voc. Fähigkeit im Augenblick des Todes des Schenkers.

Man hat diese Eigenheit der **mortis causa donatio** wegen

L. 22. cod. h. t. (39, 6.)

angenommen, doch hat sie neuerlich Müller **not. g. cit.** bestritten, weil er meint **capere posse** sey von der Successionsfähigkeit verschieden, obgleich es ganz klar ist, daß eben mit diesem Worte die Successionsfähigkeit bezeichnet wird, daher sich auch Schröter **not. y. cit.** mit Recht gegen Müller erklärt hat.

§. 569.

Ad voc. Als Erfüllung einer eingeschränkten natürlichen.

Die Praxis hat diesen Satz stets angenommen, und mit Recht, theils wegen der allgemeinen Grundsätze der Römer über Leibespflichten — Diktate zu §. 9 — theils wegen der Gesetze in **not. s.** und

L. 34. §. 1. de donat. (39, 5.)

Weitläufig hat jetzt gegen diese Idee geschrieben

Fritz Rechtsfälle

indem er jene Gesetze blos auf eine Antiquität beziehen will, nämlich auf die **lex Cinica**, ohne zu erwägen, daß das **corpus juris** von jener **Lex** nichts mehr weiß und wissen will, daß also die darin aufgestellten Rechtssätze auf Justinians eigener Billigung beruhen müssen.

Ad voc. Keiner Insinuation.

Gewöhnlich pflegt man renumeratorische Schenkungen auszunehmen, weil sie doch im Grunde, wie auch das **Comp.** zugiebt, nur die Erfüllung eines **debiti naturalis** enthalten. Allein dennoch muß man dabei mit

Marezoll not. y. cit.

die Insinuation verlangen, weil renumeratorische Schenkungen von den Römern auch **donationes** genannt werden, und weil die Gesetze bei einer Schenkung über **500 solidos** die **insinuatio** unbedingt verlangen. In

Novelle Leonis No. 50.

ist es daher auch als ausgemacht angeführt, daß renumeratorische Schenkungen insinuirt werden müssen.

§. 571.

Ad voc. Durch den Schätzungs- oder Ergänzungseid.

Darüber ist kein Zweifel, daß die Anstellung der **actio de recepto** der Kläger durch die sonst zulässigen Eide den Beweis seines erlittenen Schadens führen kann, also auch nach

T. Pandect. de in litem jurem jurando (12, 3.)

ohne alles weitere bloß durch sein eigenes **juramentum in litem**, wenn der **dolus** oder die **culpa lata** seines Gegners ausgemacht ist und nun bloß nach dem Schaden und dessen Maaß auszumitteln ist. Manche haben dieß so weit getrieben, daß sie diesen Eid gestatten, wenn ein dem Wirth anvertrauter Koffer sich erbrochen findet. Allein offenbar folgt daraus

ja noch nicht der eigne dolus des Miether, indem ja das Erbrechen auch durch andere Personen geschehen seyn kann.

Ad voc. Welche er aufnahm.

Vergleicht man

L. 1. §. 1. L. 6. §. 3. h. t. (4, 9.)

so ergiebt sich, daß man etwas bestimmter so sagen muß: der Wirth haftet für die Handlungen der Personen, denen er eine Wohnung gab, nicht aber wegen der Handlungen der Gäste, welche nur **transeundo** einkehren, um sich in der Wirthsstube zu erquicken. Zugleich ergiebt sich aus jenen Fragmenten, daß er den Personen der letzten Art zu nichts gehalten ist, weil er sie aufnehmen muß, natürlich wenn er keine gute Gegengründe hat, daß er sich aber das Einwohnen nicht braucht gefallen zu lassen, jedoch wenn er es thut als **receptor** haftet, und nun auch für die **receptos** einstehen muß.

Archiv für civil. Praxis 17. Bd. 1. Heft S. 41—52.

§. 575.

Ad voc. Kann das Anlehen nicht zurückfordern.

Da alle **negotia inhonesta** ungültig sind — §. 462 — da ferner nach gesetzlicher Ansicht jedes verbotene Spiel eine **turpitudo** enthält und da die Beförderung einer schlechten That auch als schändlich gilt

L. 7. de leg. Pomp. de paricidiis (48, 9.)

so kann dieser Satz keinen Zweifel leiden. Entscheidend dafür ist auch nach

L. 2. §. 1. quarum rerum actio (44, 5.)

wonach der, welcher von einem Spieler eine Sache kauft, damit dieser Geld zum Spiel bekomme, wegen der Eviktion der gekauften Sache nicht klagen kann. Die Gegner berufen sich zwar auf

L. 3. §. 6. de in rem verso (15, 3.)
L. 1. §. 17. si quid infraudem patroni (38, 5.)

Allein hier ist ja gar nicht von unserm Fall die Rede, daß Jemand etwas wissentlich zu illegalen Zwecken herlieh.

§. 578.

Ad voc. Nicht bloß auf Rechtsstreitigkeiten.

Fast überall findet sich in unsern ältern Schriften die Behauptung, der Vergleich sey die vertragsmäßige Beilegung eines vorhandenen oder drohenden Rechtsstreits. Allein die Gesetze verlangen dazu im Allgemeinen bloß die Aufgebung eines ungewissen Anspruchs gegen eine Abfindung.

L. 1. h. t. (2, 15.)

So sind die **transacta de re litigiosa** allerdings auch Vergleiche, weil auf dieser Erde der Ausgang eines Prozesses nichts gewisses ist. Allein es lassen sich auch gewisse Objekte ohne Rechtsstreit denken, und wer dann seine ungewisse Ansprüche gegen eine Abfindung aufgiebt, der hat ebenfalls transigirt, z. B. wenn Alimentforderungen, die von der ungewissen Länge des Lebens, oder wenn Fideikommiß-Ansprüche, die von ungewissen Bedingungen abhängen, gegen eine Vergütung aufgegeben werden, welches Alles die Gesetze in **not. q.** klar beweisen.

§. 579.

Ad voc. In Betreff des Irrthums nichts Singuläres.

Nachdem man lange Zeit hindurch über den Einfluß des Irrthums auf Vergleiche die sonderbarsten Dinge gewährt hatte, ward hier zuletzt durch

Götz not. u. cit.

gehörig aufgeräumt. Seine Hauptidee ist: für den Vergleich ist keineswegs absolut in den Gesetzen gesagt, daß er von den gewöhnlichen Grundsätzen über den Irrthum ausgenommen seyn solle. Allein die individuelle Natur des Vergleichs macht es nothwendig, daß man ihm die allgemeinen Rechtsregeln

mit gesunder Beurtheilung anpaßt; da es nun Grundsatz ist, daß Niemand seinen Irrthum weiter geltend machen kann, welcher in omnem eventum entsagt hat, und da gerade das Wesen des Vergleichs darin besteht, daß Jemand ungewissen Forderungen auf allen Fall gegen eine Vergütung entsagt, daneben aber auch unter den Partheien gewisse Voraussetzungen statt finden können, worüber sie nicht eigentlich transigiren und wobei also von ihrer renunciatio nicht die Rede seyn kann, so ergiebt sich von selbst, daß ein Transigent sich nachher niemals darauf berufen kann, daß er sich nun eines bessern belehrt habe. Denn eben darüber, ob seine Ansicht die wahre oder falsche sey, ist ja gerade durch den Vergleich Alles abgethan. Daher sagen denn auch die Gesetze in not. t., daß neu aufgefundene Beweismittel, welche das Recht oder Unrecht eines der Theile besser darstellen, gegen den Vergleich angeführt werden können. Allein ganz anders verhält es sich wenn ein wesentlicher Irrthum über dasjenige statt fand, worüber die Partheien nicht transigirten, und dessen Existenz beide Theile als ausgemacht voraussetzten. Transigiren also z. B. die Partheien über den Sinn eines von ihnen beiden für recht gehaltenen Instruments und zeigt sich nachher, daß das Instrument unächt war, so kann nun der Vergleich angefochten werden, sofern nicht auch noch wieder über die Aechtheit des Instruments transigirt ist.

L. 42. C. h. t. (2, 4.)

Aus eben dem Grunde hat der Vergleich über ein Testament insofern keine Kraft, als sich nachher neue Codicille finden, welche dem Testament entgegenstehen und woran beide Theile nicht dachten.

L. 3. §. 1. L. 12. h. t. (2, 15.)

Dasselbe gilt bei Generalvergleichen, wenn sich nachher Species auffinden, woran beide Theile nicht dachten.

L. 29. in f. C. h. t. (2, 4.)

Eben deßwegen schadet denn auch einem Transigenten ein bloßer Rechnungsfehler nicht.

L. un. C. de errore calculi (4, 5.)

§. 580.

Ad voc. Wenn ein Dritter sie besitzen sollte.

So viel ist gewiß, daß der **tutor** ohne Dekret des Magistrats diejenigen Mündelgüter nicht durch einen Vergleich veräußern darf, zu deren Veräußerung nach §. 414 überhaupt ein Dekret des Magistrats gehört. Dieß ist auch zugegeben, doch haben Manche, denen auch

Glück 5. Bd. S. 41.

folgte, eine Einschränkung gemacht, nämlich daß es keines Dekrets bedürfe, wenn der Vormund ein Mündelgut dem jetzigen dritten Besitzer desselben durch Vergleich überlasse, indem dieß wegen der für den Besitzer streitenden Präsumtion nicht als **alienatio** gelten könne. Allein die **praesumtio pro possessore** ist ja nicht definitiv entscheidend, widrigenfalls es ja am Ende gar keine **rei vindicatio** geben konnte. Ueberläßt also der Vormund dem jetzigen Besitzer eine Sache, welche erweislich dem Mündel gehört, so ist dieß eine offenbare **alienatio**.

Ad voc. Gewiß eingegangene Ehe.

Das kanonische Recht erlaubt wegen der sakramentalischen Natur der Ehe niemals eine Scheidung **a vinculo**, mithin auch keinen gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich über Aufhebung einer bestehenden Ehe. Nur dann, wenn überhaupt die Existenz der Ehe ungewiß ist, kann darüber nach der Dekretale in **not. k.** ein Vergleich statt finden. Die Protestanten nahmen dieß früher blindlings an. Da sie indeß die Ehe für kein Sakrament halten und **ex gravi causa** eine Scheidung **a vinculo** zulassen — §. 318 — wenn sie die Gerichte für zulässig erklären, so ist es offenbar viel konsequenter, wenn neuerlich oft behauptet ist, der protestantische Richter dürfe eine **transacto de dissolvendo matrimonio** bestätigen, wenn Gründe vorliegen, wegen deren auf richterliche Scheidung hätte erklärt werden können.

§. 581.

Ad voc. Selbst die eidliche Bestärkung.

Viele legen wegen der Prinzipien des kanonischen Rechts über den Eid der eidlichen Bestärkung eines solchen Vergleichs volle Kraft bei. Allein gerade nach dem Prinzip der Päbste, daß Eide **in praejudicium tertii** nicht gelten, muß man es läugnen, weil hier die richterliche Bestätigung des Vergleichs deßwegen verlangt wird, damit keine Bettler entstehen, und damit nicht das Interesse des Gebers der Alimente und des Staats verletzt werde.

Ad voc. Ein unbekanntes Testament.

Die Vernunft kann viel gegen diesen Satz einwenden, weil es Regel ist, daß man wissentlich einem ungewissen Anspruch entsagen kann, dazu kommt, daß Vergleiche in der Regel die Wirkung richterlicher Urtheile haben und daß die letzten doch Rechtskraft erlangen können, wenn sie **ante apertas tabulas testament.** gefällt werden.

L. 11. pr. de re judicata.

Allein in

L. 6. h. t. (2, 15.)

steht nun einmal: **neque transigi aliter potest, quam inspectus cognitisque verbis testamenti,** welches unsere Praktiker bisher in der Regel immer, wie es auch das **Comp.** thut, als Befehl behandelt haben. Manche Theoretiker nehmen indeß jenes **neque potest** bloß als eine Bemerkung, daß der Vergleich, wenn man klug seyn wolle, nicht füglich **ante apertas tabulas** geschlossen werden könne, welche Bedeutung das **non potest** sich als eine Seltenheit allenfalls herausbringen läßt, wenn man mit

L. 24. §. 1. de administ. tut. (26, 3.)

noch

L. 3. §. 6. eodem

vergleicht. Allein dabei bleibt doch immer für die Ansicht der Praxis der bedeutende Einwand, daß im Zweifel stets die ge=

wöhnliche Bedeutung vorgezogen werden muß. Auch läßt es sich recht wohl denken, daß die Gesetze die Idee hatten, ein Vergleich ante apertas tabulas sey etwas leichtsinniges, was man den Bürgern nicht wohl gestatten könne.

§. 587.

Ad voc. So ist das ganze Receptum nichtig.

Aus der Natur der Sache läßt sich dieser Satz nach der Regel **utile per inutile non vitiatur** schwerlich rechtfertigen. Denn wenn auch die Schiedsrichter sich in der Folge möglicherweise über die Wahl eines Obmanns nicht vereinigen können, so ist doch kein Grund einzusehen, warum das **receptum** insofern gültig seyn soll, als sich die Schiedsrichter nachher über die Sache selbst oder über die Wahl eines Obmanns vereinigen. Mehrere sind denn auch hierdurch veranlaßt zu behaupten, man müsse die Worte: **non valere** in

L. 17. §. 5. h. t. (4, 8.)

so übersetzen: das ganze Geschäft könne nachher keinen ordentlichen Ausgang haben, wenn die Schiedsrichter bei der Wahl des Obmanns sich keines Schlusses vereinigen konnten. Allein daß diese Uebersetzung des **non valere** ganz gewaltsam ist, fällt von selbst in die Augen. Außerdem hat nun auch das kanonische Recht in der **not. t. cit.** Dekretale mit dürren Worten ein Compromiß dieser Art für nichtig erklärt. Daß das kanonische Recht bloß aus einer irrigen Auslegung des römischen Rechts entstanden sey und durch die allgemeine Praxis wieder entkräftet werde, behauptet zwar

Glück 6. Bd. S. 85.

allein es fehlen ihm für beides gehörige Beweise. Uebrigens meint

Wenning 3. Buch §. 200.

die ganze Singularität gehe nur auf den Fall, wenn 2 Schiedsrichter gewählt wurden. Allein offenbar werden in jener Dekretale 2 nur beispielsweise genannt, wie der allgemeine Schluß der Dekretale zeigt; und in

L. 17. §. 5. cit.

paßt ja das allgemeine possunt dissentere überall, die zuerst genannten Schiedsrichter mögen nun aus 2, 3 oder mehr Personen bestehen.

§. 591.

Ad voc. Durch Erlegung der versprochenen.

Nach §. 87 ist es Regel, daß der Schuldner, welcher etwas sub poena conventionali angelobte, keineswegs die Wahl hat, ob er auf Erfüllung oder auf die Strafe klagen will. Viele haben dieß auch hieher ziehen wollen, aber offenbar verkehrt, da die Gesetze in not. u. auf's bestimmteste sagen, daß bei der Wahl eines Schiedsrichters die verurtheilte Parthei den Spruch nicht zu befolgen brauche, wenn sie die auf den Fall der Nichtbefolgung versprochene Strafe erlege. Wäre übrigens die Strafe nicht für die Nichtbefolgung des ganzen arbitrii versprochen, so wird es sich freilich nach den allgemeinen Prinzipien des §. 87 von selbst verstehen, daß die zaudernde Parthei erst für ihr Zaudern die Strafe zu erlegen und dann doch noch hinterher den Spruch des Schiedsrichters zu erfüllen hätte.

Glück 6. Bd. S. 98.

§. 595.

Die römischen Juristen, welche überall die tacita voluntas berücksichtigten, nahmen auch in Betreff der novatio privativa an, daß der animus novandi aus gewissen Faktis geschlossen werden könne, z. B. wenn der Gläubiger sich eine neue auf eine geringere Summe lautende Handschrift cautionem minorem ausstellen, oder sich neue Bedingungen gefallen lasse. Ueber die einzelnen dahin gehörenden Fakta kamen die Juristen in einen Streit, und so verordnete Justinian, um die hiedurch entstandenen bösen Weitläufigkeiten — nocentia volumnia — abzuschneiden, daß ohne einen durch verba

expressa erklärten animus novandi niemals eine privative Novation angenommen, sondern das Alte mit dem Neuen verbunden werden solle.

L. 8. C. de novat. (8, 42.)

Mehrmals wiederholt dieß Gesetz jene Vorschrift und dann heißt es am Ende:

„hoc enim naturalibus rebus inesse volumus
„et non verbis extrinsecus supervenire.“

Dadurch sind nun die Ausleger in große Verwirrung gekommen. Einige suchten mit der Schneidekritik zu helfen; andere meinten: der Kaiser habe am Ende der Konstitution alles wahre Gesagte wieder zurückgenommen, und noch andere wollten dem Gesetz durch die Unterscheidung zwischen consensus tacitus verus und praesumtus — §. 108—110 — nachhelfen, indem sie meinten: ex praesumtionibus dürfe man freilich keine novatio privativa zulassen, wohl aber wenn ein consensus tacitus verus erweislich sey. Allein die römischen Juristen fingirten ja nicht als Despoten, sondern sie nahmen einen animus novandi nur an, wo sie ihn im Fakto zu finden glaubten. Man zerstört also den Hauptzweck Justinians, wenn man hier doch wieder einen consensus tacitus zuläßt. Jene Schlußworte der

L. 8. C. cit.

gehen auch auf etwas ganz anderes. Wenn nämlich nach dem System der Klassiker einmal angenommen war, daß sich aus diesem oder jenem Fakto ein animus novandi schließen lasse, so müßte der, welcher nicht noviren und die Novation anwenden wollte, sich protestirend gegen die Novation verwahren. Allein nach Justinians Vorschrift bedarf es dessen nicht mehr, weil ohne verba expressa schon an sich niemals eine Novation angenommen wird, und weil das Nichtnoviren als etwas gilt, was naturalibus rebus inest und also nicht extrinsecus durch Worte ausgesprochen zu werden braucht. Die richtige Ansicht ist auch jetzt wieder vertheidigt von

Hepp im Archiv für civil. Praxis 13. Band 2. Heft Nro. 11.

Da übrigens das neue Conträre als solches derogirende Kraft gegen das ältere hat, so kann und muß man der Nothwendigkeit wegen mit

Crell not. t. cit.

die Einschränkung machen, daß das Neuere das Aeltere verschlingt, wenn es im Wesentlichen der Natur des Letzten widerstreitet, z. B. wenn der Miether die gemiethete Sache vom Vermiether kauft. Crell hat das Beispiel, daß von der Wittenberger Fakultät die Verwandlung einer Pfandschuld in eine bloß persönliche angenommen war, weil der Pfandgläubiger sich statt der früheren 5% später 6% stipulirt hatte, während doch nach den Landesgesetzen verboten war, für Pfandforderungen 6% zu bedingen. Allein wenn ein Delikt eingeständlich existirt, so ist es juristisch vorhanden, und dann ist das Delikt nicht durch Fiktionen wegzudisputiren, sondern **Salvis ceteris** als Delikt zu bestrafen.

§. 596.

Ad voc. Auch ausdrückliche Worte.

Dieser Satz ist oft geläugnet und zwar wegen

L. 3. C. h. t. (8, 42.)

Allein man muß ihn offenbar billigen wegen der ganz absoluten Vorschrift in

L. 3. C. eodem.

daß auch bei einer Zuziehung neuer Personen die **novatio privativa** ohne **verba expressa** nicht angenommen werden solle, daran müßte man sich schon halten, auch wenn in

L. 3. C. cit.

das Gegentheil stünde, weil Justinian im Codex sehr oft das Alte als historisch zur Erklärung des neuen derogirenden dogmatischen Rechts vorangehen läßt. Dazu kommt denn nun noch, daß die **L. 3. C. cit.** gar nicht darüber entscheidet, wenn bei Zuziehung eines neuen Schuldners eine **novatio privativa** eintritt, wenn sie statt fand. Für das Gewöhnliche ist indessen dieser Streit unerheblich. Denn die Delegation als **novatio**

privativa gedacht, setzt voraus, daß statt des bisherigen Schuldners oder Gläubigers **A** der neue Schuldner oder Gläubiger **B** eintritt. Tritt er ohne jenes statt bei, so ist er ein bloßer **correus debendi** oder **credendi**. Wird aber jenes statt ausgesprochen, so ist eben damit **expresse** der **animus novandi** erklärt. Der ganze Streit geht also nur auf den seltenen Fall, wenn Jemand ohne **verba expressa tacite** eine Delegation vornehmen will, welche als **novatio privativa** gelten soll und da muß man denn nach dem vorigen Diktat behaupten, daß ohne **verba expressa** keine Novation, sondern nur ein Correalverhältniß angenommen werden kann.

§. 597.

Ad voc. In aller Rücksicht verbindend.

Daß jetzt beim **constituto debiti proprii** die folgenden Sätze des **Comp.** anzunehmen sind, hat die Mehrzahl unserer Theoretiker und Praktiker immer angenommen, und mit Recht. Denn zur Klagbarkeit bedürfen wir nicht mehr bei Verträgen der römischen Formen, und eine Schenkung ist jetzt der einfachen Willenserklärung wegen an sich klagbar. Wer aber unter Umständen, unter denen er etwas schenken darf, nicht **in fraudem** eines Prohibitivgesetzes eine an sich statt findende Schuld als die seinige übernimmt, der ist hier im Grunde nichts als ein Schenker und als solcher verbindlich. Beweise geben auch die Gesetze in

§. 601. not. h. §. 610. not. x. und
L. 2, 4. C. de his quae in f. (2, 20.)

Abweichend ist zwar jetzt

Reinganum not. i. cit.

weil doch jede **obligatio** eine **causa** haben müsse. Allein er hat nicht gehörig unterschieden, was hier durchaus zu unterscheiden ist, nämlich die Fälle, da die **causa obligationis** ganz im Dunkel oder verwerflich ist, und die Fälle, da eine erlaubte **causa** also auch eine erlaubte Schenkung vorliegt.

§. 599.

Ad voc. Constitutum debiti alieni.

In Betreff des constituti debiti alieni hat man zwar oft behauptet, wie es auch wieder Neustetel not. c. cit. und Mühlenbruch Pand. tom. 2. pag. 482. gethan haben, der Unterschied zwischen diesem constituto und der Bürgschaft habe bei den Römern bloß darin bestanden, daß zu den ersten nuda verba genügten, zu den letzten aber eine stipulatio gehörte, woraus denn die Gegner des Comp. weiter schließen, daß der Unterschied zwischen beiden Geschäften jetzt wegfalle, weil bei uns ein nudum pactum die Kraft der römischen stipulatio habe. Allein bei den Römern änderte ja die stipulatio als bloße Form für alle Arten der Verträge keineswegs materiell die Natur des Geschäfts, welches in sie eingekleidet war. Nun aber giebt es nach §. 609—613 eine Menge materieller Verschiedenheiten zwischen fidejussio und constitutum debiti alieni, sämmtlich aus materiellen Gründen, welche noch jetzt fortdauern, nämlich daß der Bürge als solcher für die Hauptschuld eine Sicherheit giebt, während das constitum in der Regel gerade auf andere Zwecke geht, z. B. auf Veränderung des Zahlungskontraktes oder des Objektes. Daher hat es denn auch keinen Sinn, wenn nach §. 599 not. d. mehrere sagen, man müsse jetzt die exceptio excussionis des Bürgen — §. 609 — auch dem constituens geben. Will man das Letzte mit einigem Verstand behaupten, so muß man mit

Glück not. d. cit.

sagen, daß in dem griechischen Text der

Novelle 4. cap. 1. Nov. 136. praef.

auch dem constituens die exceptio excussionis gegeben ist. Allein damit kommt man doch wieder nicht weit, weil die recipirte versio vulgata der Novellen nichts der Art enthält, weil die Novelle 136 nicht glossirt ist, und weil von unsern griechischen Manuscripten der Novellen nicht behauptet werden kann, daß sie durchaus den ächten Urtext enthalten. Nur das

kann man zugeben, daß der constituens dann als Bürge zu behandeln ist, wenn er mit einfachen Worten bloß Sicherheit zugesagt hat, wie er es thun kann und wo dann freilich alle Prädikate eines Bürgen auf ihn passen.

§. 603.

Ad voc. Keine Entsagung des Gesetzes statt.

Das Gegentheil dieses Satzes ist oft von Praktikern behauptet. Wäre es wahr, daß das Berufen auf **Sct. Vellen.** schon dann wegfiele, wenn die Intercedentin bei der Intercession des **Sct. Vell.** kannte, wie es

Leyser **spec. 169. med. 7.**

behauptet, so verstände sich hier freilich die Sache von selbst. Allein Leysers Idee enthält an sich ein **absurdum.** Denn nach §. 29 wird auch von Weibern in der Regel dieß Rechtsverhältniß gefordert und doch können sie sich in der Regel auf das **Sct.** berufen. Zwar stützt sich Leyser auf

L. 30. pr. h. t. (16, 1.)

Allein weiß man, daß **vel** auch so viel heißt als **praesertim,** so folgt daraus nun, daß eine betrügliche Intercedentin haftet und dieß noch um so mehr, wenn sie von ihren Rechtswohlthaten unterrichtet eine Arglist beging.

Glück **15. Bd. S. 2 — 14.**

Sollte also durch Entsagung das **Sct.** wegfallen, wie es viele Praktiker, besonders für den Fall, wenn die Intercession nicht **pro marito** geschieht, behaupten, so müßte dafür ein besonderes Gesetz existiren. Ein solches haben wir im Allgemeinen nicht für die Zulässigkeit der Entsagung und ganz dawider sind die anerkannten Vorschriften, daß alles ungültig seyn soll was zur Umgehung des **Sct.** geschieht, wie es nach

Heise und Cropp **not. u. cit.**

nämlich auch das Appellationsgericht in Lübeck angenommen hat. Die Vertheidiger der entgegengesetzten Theorie berufen sich zwar auf

L. 32. §. 4. eod. — Nov. 118. cap. 5.

aber ohne Grund. Die Novelle kann hier auf keinen Fall etwas entscheiden, da Justinian später einzelne Ausnahmen gemacht hat, z. B. auch in

Nov. 22. cap. 43, 44.

und wozu er Macht hatte, ohne daß daraus etwas für die Regel folgt. Schwieriger ist

L. 32. §. 4. cit.

Der Fall ist hier der: die X verbürgt sich für A bei B, der Letzte will den A belangen, aber die X interponirt sich und fordert, daß der B den A fahren lassen und sie, die X, als Intercedentin belange. Hier entscheidet nun der Jurist dahin, der B brauche sich dieß nicht gefallen zu lassen, wenn die X nicht der exceptio Sct. entsage. Offenbar ist es nun freilich, daß hier die Entsagung als gültig angesehen wird, und es ist gezwungen, wenn manche dieß läugnen; indem sie behaupten, die X könne sich dennoch im Prozeß auf die exceptio Sct. berufen und ihre Entsagung begründe nur, daß B, wenn sie es thue, von ihr Entschädigung fordern könne. Denn ohne die Entsagung hätte er doch keine Entschädigung von ihr erhalten können. Ist nun aber die Entsagung wie die Intercession unkräftig, so ist kein Rechtsgrund einzusehen, wie aus der Entsagung ein neues Recht erwachsen soll. Da indeß die Zulässigkeit der Renunciation überhaupt der ganzen Natur des Sct. Vell. widerstreitet, da ferner die Römer des Rechtsfriedens wegen für Prozesse manche Singularitäten angenommen haben, z. B. §. 690 not. e., und da die Juristen und Kaiser nach §. 606 auch noch sonst manche Ausnahmen machten, während sie doch im Ganzen bei der Regel blieben, so hat es am mehrsten für sich, wenn man mit Voorda not. u. cit. sagt: die weibliche Renunciation ist in der Regel ohne Kraft, aber die beiden obigen Gesetze enthalten ein paar singuläre Ausnahmen.

§. 605.

Ad voc. Dieß von jedem Besitzer vindiciren.

Dieser Satz folgt von selbst aus Grundsätzen über das

Pfandrecht, welche erst im Diktate zu §. 777 genau entwickelt werden können, wenn man damit nur noch den Satz vergleicht, daß die Obligation der Weiber **ex intercessione** auf deren Verlangen ganz unwirksam seyn soll.

L. 8. §. 9. L. 16. §. 1. h. t. (16, 1.)

Auch ist der Satz des Comp. bestimmt ausgesprochen in

L. 32. §. 1. eod.

Dennoch läugnet ihn jetzt

Roßhirt not. h. cit.

weil man die Verbindlichkeit nicht für ganz vernichtet erklären kann, da die Intercedentin, welche wissentlich zahlte, kein Rückforderungsrecht habe, und da eine Pfandbestellung eine eventuelle Zahlung sey. Allein das erste folgt ja nicht daraus, daß eine etwas wirksame Obligation existirt, sondern aus dem **donare voluisti**, wodurch nach §. 78 in der Regel jede Rückforderungsklage dessen, welcher wissentlich zahlte, ausgeschlossen wird, und das letzte Argument enthält keinen guten Rechtsbegriff, weil eine bloße das Eigenthum nicht aufhebende Pfandbestellung an sich etwas ganz anders ist, als eine an sich das Eigenthum übertragende **solutio.** Vollständig zur Widerlegung jener Idee wird auch noch dasjenige dienen, was im Diktate zu §. 795 über die **lex commissoria** und über die **datio pignoris in solutum** genauer entwickelt werden soll.

§. 606.

Ad voc. Welche in der Absicht zu schenken geschahen.

Das Gegentheil dieses Satzes, nämlich daß eine **intercessio donandi animo facta** gültig sey, hat

Weber not. e. cit.

aus folgendem Grunde behauptet: die Absicht der Gesetze gehe hier nur dahin, die Weiber gegen Leichtsinn zu sichern, und dieser Grund falle weg, wo sie als Schenkerinnen geradezu die Absicht gehabt hatten, das Ihrige einzubüßen. Allein es sind dieß schlechte Dichtungen, denn die Gesetze sprechen allge-

mein von allen weiblichen Interceſſionen und nehmen nirgend eine intercessio donandi animo facta aus, obgleich ſie die solutio pro alio nicht als intercessio behandeln und mit völligem Recht, weil bei der solutio eine vorhandene Schuld getilgt, aber keine fremde Verbindlichkeit übernommen wird. Bei dieſen Umſtänden kann hier denn auch nach §. 52 die geſetzliche Regel über Interceſſionen nicht obcessantem rationem reſtingirt werden. Ohnehin läßt ſich nicht einmal ſagen, daß bei einer intercessio donandi animo facta der Grund des Sct. Vell. wegfalle, weil ja bei allem, was man für die Zukunft übernimmt, der Leichtſinn viel mehr wirken kann als da, wo wie bei der solutio auf der Stelle die Sache definitiv abgethan wird. Ganz verkehrt iſt es daneben auch, wenn man den Satz, daß eine intercessio donandi animo facta vollgültig ſey, daher zu beweiſen ſuchte, daß bei einer intercessio pro libertate und pro dote und pro minore das Sct. Vell. nicht gilt. Denn die Intercedentin kann ja bei einer ſolchen Interceſſion den animus donandi nicht haben, alſo liegt der Grund der Ausnahme gewiß darin, daß auch hier der favor libertatis und dotis zu einer beſondern Ausnahme führte.

§. 607.

Ad voc. Folgendes geändert.

So viel iſt gewiß nach dem Vor-Juſtinianeiſchen Rechte, daß die Intercedentin zwar stricto jure belangt werden könnte, aber das Recht hatte die Klage durch die except. Sct. Vell. niederzuſchlagen, daß jedoch in den ausgenommenen Fällen des §. 606 dieſe Einrede wegfiel. Nun aber machte hier Juſtinian zwei große Neuerungen, und zwar dieſe:

1) in

L. 23. C. h. t. (24, 9.)

erklärte er, mit Ausnahme des einzigen Falles, wenn die Intercedentin eine Belohnung erhalten habe, ſolle die Interceſſion nichtig ſeyn, wenn ſie nicht publice

coram tribus testibus statt gehabt habe. Sey aber jene Form beobachtet, so solle das alte Recht eintreten, mithin eben das, was im Anfang dieses Diktats erwähnt ward. So viel ist nun gewiß, daß in den Fällen, wo nach jenem Gesetz wegen fehlender Form die Nullität eintritt, der Richter die Klage nicht einmal annehmen darf, also ex officio verwerfen muß. Allein wann tritt die Nullität der

L. 23. C. cit.

ein? Wegen des Grundsatzes, daß ein neues jus generale die Ausnahmen der älteren Regel im Zweifel nicht aufhebt — §. 41 — behaupten Einige, auch wenn nicht in instrumento publico intercedirt sey, bleibe es doch bei den in §. 606 erwähnten ältern Ausnahmen. Da indeß Justinian in

L. 23. C. cit.

für den Fall einer bloßen intercessio privata nur eine einzige Ausnahme des älteren Rechts beibehält, so meinen Manche: man müsse im Ganzen die in §. 606 erwähnten Ausnahmen fallen lassen, jedoch mit Ausnahme der Fälle, wo die alte Ausnahme auf einem Privilegio beruhte, wie bei der intercessio pro libertate, pro dote und pro minore. Allein richtiger sagt eine dritte Parthei: Justinian läßt im Fall einer intercessio privata nur eine einzige der alten Ausnahmen zu, und so sind nach Regeln des arc. accontrario alle übrigen ältern Ausnahmen im Fall einer intercessio privata verworfen. Höchstens eine einzige Ausnahme kann man noch in Betreff der intercessio pro dote machen, wie es auch das Comp. mit Vielen gethan hat, weil Justinian nach Erlassung der

L. 23. cit.

selbst in

L. 25. cod. eodem.

diese Ausnahme noch wieder zugelassen hat, wobei man ihn leicht begreifen kann, weil ihm der favor dotis fast über Alles ging.

2) In Nov. 134. cap. 8. statt deren man gewöhnlich den Auszug aus derselben, nämlich die Auth. si qua mulier Cod. eod. citirt, sind alle Intercessionen der Ehefrauen für ihre Ehemänner gänzlich vernichtet, außer wenn manifestissime es bewiesen wird. — Nach dem was vorhin unter Nro. 1. gesagt war, muß man also behaupten, daß, diese einzige Ausnahme abgerechnet, alle **Intercessiones pro marito** mithin selbst in den früher ausgenommenen Fällen des §. 606 null und nichtig sind.

§. 608.

Ad voc. Wenn dabei eidlich.

Diese Sätze sind förmlich bestritten, aber wegen der kanon. Grundsätze über den Eid — §. 87 — mit Recht in Praxi angenommen. Manche verlangen bei einem Eide auch noch eine besondere Belehrung, welches man aber verwerfen muß, weil nach §. 49 von den Weibern schon an sich Rechtskenntniß verlangt werden kann. Wenn übrigens Manche hier die Angelobung an Eidesstatt dem Eide gleichsetzen, so hat sich Bolley not. y. cit. mit Recht dagegen erklärt, weil eine solche Angelobung nach kanon. Recht nicht als ein wirklicher Eid gilt.

Ad voc. Ehegesellschaftlichen Schulden.

In Betreff dieser Schulden ist der Satz des **Comp.** im Ganzen unbestritten, weil solche Schulden auch als eigene Schulden der Frau gelten und weil die Grundsätze der **intercessio** wegfallen, wenn Jemand seine eigene Verbindlichkeit durch Bestärkung übernimmt — §. 598. — In Ansehung der vorehelichen Schulden des Mannes wollen Viele dasselbe nicht gelten lassen, aber Andere sind gegen diese Idee, und wohl gewiß mit Recht, weil ja bei der **communio omnium bonorum** auch die mitgebrachten Schulden eben so zu behandeln sind als die, welche nachher kontrahirt werden, wie schon im Diktate zu §. 541 ausgeführt ist.

§. 609.

Ad voc. Wenigstens nach der gewöhnlichen Ansicht.

Bisher hat man fast immer gesagt: der Bürger habe die **exceptio excussionis** in allen Fällen nicht, wo der Hauptschuldner nicht mit Leichtigkeit ausgeklagt werden kann. Damit ist denn **Conclus. pars II. No. 248** in aller Bequemlichkeit auf 93 Ausnahmen gekommen. Allein die Novelle 4. **cap. 1** kennt nur eine einzige Ausnahme, nämlich wenn der Schuldner **absens a loco** ist und nun an einem andern Orte aufgesucht werden müßte. Schon

Alef not. f. cit.

hat diese richtige Bemerkung sehr gut ausgeführt, und neuerlich auch wieder

Chop not. f. cit.

Ad voc. Der bloße Concurs.

Die folgenden 3 Sätze des **Comp.** sind wohl gewiß richtig, haben aber doch ihre Gegner. Man bemerke:

1) Nach Novelle **4 cap. 1** soll sich der Gläubiger zuerst an den Hauptschuldner halten und sich bemühen von selbem Befriedigung zu bekommen. Der Konkurs der Gläubiger ist aber nichts als eine Klage der Gläubiger gegen den Hauptschuldner, wobei die ersten möglicherweise ganz oder zum Theil befriedigt werden können. Ist es also nicht ganz offenbar, daß einem Gläubiger die Einlassung in den Concurs unnütz seyn werde, so kann ihn der Bürge dahin verweisen: die Beschwerlichkeit des Concursverfahrens kann hier nichts ausmachen, da die **cessio bonorum** keine **absentia debitoris** ist, und da nach dem vorigen Diktat die **exceptio excussionis** bloß im Fall der **absentia debitoris a loco** wegfällt, welches alles

Chop not. f. cit.

sehr gut wieder ausgeführt hat.

2) Hat der Hauptschuldner vom Regenten ein **moratorium**, so findet während der Befristung auch gegen den Bürgen keine Klage statt. Denn ein **moratorium** macht die Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu einem **delicto ex die.** Im Zweifel hat aber der Bürge, weil er bloß die Hauptschuld, so weit sie existirt, versichern soll, alle Einreden des Hauptschuldners.

§. 610. No. D. 612. Not. 9.

Das Gegentheil hat zwar

Mühlenbruch **not. h. cit.**

behauptet, und zwar wegen

L. 3. §. 3. quod quisque juris (2, 2.)

Allein es steht hier ja **implicite** gerade das Umgekehrte, nämlich daß der Bürge keine Einrede hat, wenn sie auch dem Hauptschuldner nicht zusteht.

3) In der Bürgschaft liegt an sich nichts als eine subsidiäre Verbindlichkeit. Wenn also der Bürge bloß die Bürgschaft eidlich wiederholt, so wird ihm damit die **exceptio excussionis** nicht abgeschnitten, weil nach §. 87 auch der kanon. Eid die innere Natur der Hauptverbindlichkeit nicht ändert.

§. 612.

Ad voc. Im Ganzen gegen den Schuldner provociren.

Dieser Satz, welcher in dem Theile des summarischen Prozesses, den man den Provokationsprozeß nennt, genauer zu entwickeln ist, hat eine entschiedene Praxis für sich, welche aber offenbar aus einem Mißverstehen der

Lex si contendat 28 de fidej. (46, 1.)

entsprang, denn dieß Gesetz redet bloß davon, daß der Bürge, welcher zahlungsfähige Mitbürgen hat, der Solidarklage des Gläubigers die **exceptio divisionis**

§. 612. not. u.

entgegensetzen kann.

Ad voc. Durch seine Schuld an den Hauptschuldner.

Es ist eine höchst wichtige Frage, ob der Bürge den Gläubiger befriedigen muß, auch wenn dieser durch seine eigene **culpa** nichts vom Hauptschuldner erhielt. Früher hat man darüber allerlei willkührliche Distinktionen gewagt und neuerlich ist von Gans **not. z. cit.** jene Frage durchaus bejaht. Allein man muß sie schlechthin verneinen. Früher, als der Bürge keine **exceptio excusionis** hatte und insofern als **correus debendi** galt, hing es freilich von der Willkühr des Gläubigers ganz ab, ob und wie er den Hauptschuldner oder den Bürgen belangen wollte. Allein die Gegner benutzen dieß vergebens. Denn in

Nov. 4. cap. 1.

hat Justinian durch eine neue Vorschrift verordnet, der Gläubiger solle erst vom Hauptschuldner seine Befriedigung zu erhalten suchen. Fehlt er also gegen diese Pflicht, so kann er natürlich dem Bürgen die Folgen der vernachlässigten gehörigen Ausklagung nicht zur Last legen. Dieß ist nun auch klar gesagt in den Worten der Novelle: **neque negligens non voluerit non potuerit recipere.** Ohne die in **not. z. cit. Dissertatio**, worin die richtige Ansicht genau ausgeführt ist, gelesen zu haben, und ohne irgend einen guten eigenen Grund, hat dennoch wieder

Jäger not. z. cit.

der falschen Ansicht das Wort geredet.

§. 614.

Ad voc. Suspendirt die Erwerbung des Eigenthums nicht.

Viele behaupten das Umgekehrte dieses Satzes, weil ja der Käufer das Eigenthum nicht erwerben könne, wenn es sich der Verkäufer reservire oder vorbehalte. So dachten neuerlich wieder Geyso und Dunker **not. k. cit.** Allein jene Ausdrücke gebraucht man ja auch, wenn man sich bedingt auf die-

sen oder jenen Fall etwas zu bekommen, wie die **reservata hypothecae** zeigt, welche der Veräußerer im Grunde doch erst nach Uebertragung des Eigenthums vom Erwerber desselben bekommt, wie bei §. 801 genauer entwickelt werden soll. Da Verträge in der Regel zu behandeln sind wie man sie im gemeinen Leben zu nehmen pflegt, und da das **pactum reservati dominii** gewöhnlich nur den Zweck hat, daß der Verkäufer im Fall der Insolvenz des Käufers wegen des rückständigen **pretii** die vollste Sicherheit habe, damit er als Vindikant ohne weiteres die Sache aus der Concursmasse an sich ziehen könne, so ist von den mehrsten Praktikern die Idee angenommen, daß im Zweifel bei dem **pact. reservati dominii** das Eigenthum interimistisch auf den Käufer übergehe, daß aber der Verkäufer ein sogenanntes **dominium dormiens** behält, welches wieder auflebt sobald der Käufer insolvent wird, jedoch das letzte natürlich nur insofern, als die Concursgläubiger sich nicht bereit erklären dem Verkäufer das ganze rückständige **pretium** bezahlen zu wollen.

Gmelin Rangordnung der Gläubiger Cap. 2. §. 51.

Diese richtige Ansicht hat auch

Müller **not. c. cit.**

vertheidigt, und später auch noch wieder gegen die Einwendungen von

Geyso und Dunker in seinen civilistischen Abhandlungen 1. Bd. Gießen 1833 Nro. 1.

§. 616.

Ad voc. Nur zur Restitution des Empfangenen.

Dieser Satz ist bis auf die neuesten Zeiten von Manchen angefochten, welche behaupten, der Wiederkäufer müsse den Preis bezahlen, den die Sache im Augenblick des Wiederkaufs habe, weil der Wiederkauf ein neues Geschäft sey. Allein unter Umständen kann es sehr natürlich seyn, daß man bei einem neuen Geschäft gerade die Bedingungen eines früheren Geschäfts

annimmt, wovon schon im Diktate zu §. 512 Beispiele gegeben sind. Die Theorie des Comp. hat aber das für sich, daß nach dem Zeugniß unserer erfahrensten Praktiker das pactum de retrovendendo in Deutschland stets gewöhnlich den Zweck hatte, für ein Anlehen unter dem Namen des Verkaufs die vollständigste Sicherheit zu geben. Nun aber sind Verträge nach ihrem gewöhnlichen Zweck zu beurtheilen, und eine bloße Anlehensschuld wird völlig getilgt, wenn bloß das Empfangene restituirt wird. So hat zuletzt auch wieder gedacht

Schweppe 4. Aufl. 3. Bd. S. 535.

§. 618.

Ad voc. Niemals wird er aber vermuthet.

Die in **not. y.** erwähnte Behauptung, daß bei öffentlichen Auktionen die **lex commissoria** stets zu subintelligiren sey, hat wohl einzelne deutsche Statute aber kein Rechtsgesetz für sich. Bezahlt also ein Steigerer nicht zur gehörigen Zeit, so muß man nach der Regel in §. 672 behaupten, daß der Vorsteher der Auktion denselben auf Zahlung zu belangen hat.

Ad voc. Oder außergerichtlich.

Weil in den Gesetzen der **not. c.** Fälle vorkommen, daß der Verkäufer nach Eintritt der Bedingungen der **lex commissoria** den Käufer auf Zahlung gerichtlich belangt hatte. Allein man muß auch hier wieder sagen: **unius positio alterius non est exclusio.** Der absolute Satz des Comp. folgt auch von selbst daraus, daß bei der **lex comissoria** der Verkäufer nur die Wahl hat, ob er bei dem Handel bleiben oder denselben aufrufen will, und daß nach §. 86 das Wahlrecht immer durch die Wahl selbst verloren geht.

Ad voc. Purgatio moraе.

Manche wollen hier gar keine **purgatio morae** gelten lassen, weil die **lex comissoria ipso jure** wirke, besonders wenn ausgemacht sey, daß im Fall des nicht Gezahlten **pretii**

der Kauf als nicht geschlossen gelten solle. Es beruht dieß Alles aber auf verwirrten allgemeinen Begriffen Mancher über die **purgatio morae**, welche an sich von keinem **ipso jure** und nicht einmal von einem **dies fixus** abhängt, wie schon bei §. 100, 101 gezeigt war.

Ad voc. Das Handgeld, nicht aber den vorausbezahlten Theil.

In Ansehung des Handgeldes oder der **arrha** und andern Nebenkosten des Contrakts kann dieser Satz an sich keinen Zweifel leiden, weil schon nach allgemeinen Grundsätzen solche Dinge von dem Kontrahenten verwirkt werden, durch dessen Schuld der Vertrag nicht zur Ausführung kommt — §. 477 bis 498. — Auch ist dieß mit Rücksicht auf die **lex comissoria** in

L. 6. pr. h. t. (18, 3.)

bestimmt gesagt. Manche sind hier zwar bedenklich dadurch geworden, daß in

L. 1. C. de pactis inter emt. (4, 54.)

ein Fall vorkommt, wo sich Jemand das Verwirken der **arrha** bedungen hatte. Allein die Vorsicht bedingt sich Vieles, was schon das Gesetz giebt und dem Letzten nicht schadet.

L. 56. pr. mand. (17, 1.)

Höchst unnatürlich ist es aber, wenn Manche behaupteten: der säumige Käufer verliere auch den Theil des **pretii**, den er bereits als solchen gezahlt hatte. Gegen eine solche unter Umständen ungeheuere Strafe ist offenbar alle Vernunft, und klar ist dagegen auch

L. 6. C. eod.

Zwar stützen sich die Gegner auf

L. 4, §. 1. h. t. (18, 3.)

allein das **eum pretium, quod numeravit perdidit** kann hier ja ganz leicht auf einen Fall bezogen werden, wo es besonders ausgemacht war, daß der Käufer alles Gezahlte verlieren solle.

§. 623.

Ad voc. Welcher ein Interesse.

Dieser Satz ist von allen Theilen für den Fall zugegeben, wenn dingliche Sachenrechte verletzt werden, doch ist er bis auf die neuste Zeit oft geläugnet für den Fall, wenn die Rechte des Inhabers eines bloßen **juris in personam** — §. 63 — z. B. eines Pachters, verletzt werden. Die Praxis hat auch solchen Personen stets eine **actio utilis legis Aquilae** oder **in factum** gestattet, und mit Recht. Die Gegner bleiben hier nämlich hängen am Buchstaben der alten kurzsichtig gefaßten **Lex Aquilia**, welche bloß dem verletzten **hero** eine Klage gab.

L. 11. §. 6. L. 43. h. t. (9, 2.)

Allein die Billigkeit forderte offenbar eine Ausdehnung auf alle Personen, welche widerrechtlich verletzt sind. Konnte man nun bei einer solchen Ausdehnung nicht streng genommen von einer **actio legis Aquiliae** reden, so mußte doch analogisch eine **actio utilis** oder **in factum** zugelassen werden. Solche Klagen machten sich aber bei den Römern nur allmählig. Für den Nutznießer, welcher ein dingliches Recht hat, spricht zwar Ulpian in

L. 17. §. 3. de usufructu (7, 1.)

ganz kategorisch mit einem **nunquam dubitavi**, aber doch beruft er sich für denselben Satz in

L. 11. §. 10. ad Leg. Aq. (9, 2.)

auf Julianus, welcher diesen Punkt erörtert habe und wobei er es für **melius** halte, wenn man eine **actio utilis** gestatte. Daß man nun aber endlich auch für Inhaber eines bloß persönlichen Sachenrechts auf dasselbe Resultat gekommen ist, ergiebt sich ganz klar aus

L. 2. pr. si quadrupes (9, 1.)
L. 27. §. 14. h. t. (9, 2.)

Ad voc. Einen solchen Grad.

Ueber diesen Punkt ist schon am Ende der Diktate zu §. 164 alles Nöthige gesagt. Eine noch hieher gehörige Ne-

benfrage: nämlich inwiefern Jemand zum Schutz seiner eigenen Sachen fremde Sachen vernichten kann, wird sich erst im Diktate zu §. 702 erörtern lassen.

§. 624.

— Ad voc. Welche nur zum Diebstahl riethen.

Das Comp. sagt mit diesen Worten implicite, daß, obgleich gegen Diebshelfer beide Klagen gehen, dennoch gegen den bloßen Rathgeber nur die actio furti, aber nicht die condictio furtiva angenommen werden kann. Bestimmt ist dieß auch gesagt in

L. 11, 14. de O. quae exdelicto (4, 1.)
L. 23. §. 2. de V. S. (50, 16.)

Allein es scheint L. 6. de cond. furt. (13, 1.) dawider zu seyn, wodurch denn viel Streit veranlaßt ist, den man dadurch leicht beilegen kann, daß man mit

Cujac. not. c. cit.

sagt, das ope consilio wird bei den Römern auch auf bloßes Rathgeben bezogen, aber Justinians eigene Ansicht ergiebt sich klar aus den Institutionen und dieß ist auf allen Fall vorzuziehen.

§. 627.

Ad voc. Die Tutel.

Wenn man logisch verfahren will, so kann man die quasi contractus auf drei Arten reduziren, nämlich negotiorum gestio als Nachbildung des Mandats, ferner hereditatis aditio in Betreff der Vermächtnisse, als eine promissio tacita de legatis solvendis — Diktat zu §. 870 — und die condictio indebiti als Nachbildung der condictio ex mutuo. Die Verwaltung einer res communis ohne Auftrag ist im Grunde nur eine Art der negotiorum gestio, und ebenso die tutela, weil eine Pupill juristisch nicht als Contrahent seines Tutors gelten kann, dessen Geschäftsführung also in Betreff

des Mündel eigentlich auch nur eine einseitige negotiorum gestio ist.

§. 629.

Ad voc. Den Zufall über sich nahm.

In Beziehung auf diesen Satz hat die berühmte

L. 22. C. h. t. (2, 19.)

viel Verwirrung unter den Auslegern veranlaßt, weil darin steht, der negotiorum gestor brauche non interveniente speciali pacto den casus nicht zu prästiren, wobei denn ziemlich natürlich die Frage entsteht, wie Jemand als einseitiger gestor gelten kann, welcher Pflichten per pactum übernahm? Daher wollen Manche jenes non interveniente speciali pacto so nehmen, als ob damit gesagt wäre, daß der gestor als solcher nichts verspricht. Allein dieß ist gewiß unlateinisch. Das Gesetz kann also nur auf den Fall bezogen werden, wenn der gestor nach vollendeter gestio übernimmt, oder zur gestio ein Mandat von einer Person bekam, welche zwar keine obligatorische Kontrakte angehen, aber sich doch einseitige Vortheile, also auch durch ein pactum de casu praestando, bedingen kann, welches z. B. nach §. 423 bei dem infantia major der Fall ist.

§. 632.

Ad voc. Welches jedoch der Codex ändert.

Daß über diesen Punkt die

L. 26. pr. h. t. (12, 6.)

welche aus römischen Begriffen über Pflichten der Dankbarkeit leicht erklärt werden kann — Diktat zu §. 9. — durch

L. 18. C. de usuris (4, 32.)

geändert werde, wie es in not. z. gesagt ist, hat neuerlich auch zugegeben

Müller Abhandlung S. 343, 344.

Dagegen hat aber jetzt

Röhder Abhandlungen Nro. 5.

etwas auszuführen gesucht, was sich streng grammatisch wohl vertheidigen läßt, nämlich daß die L. 18. C. cit. bloß überhaupt das jus repetendi usuros indebitos betrifft, aber die Nebenfrage, ob usurae legales einer sors debita als volles indebitum gelten, auf sich beruhen läßt, so daß hier also doch die Pandekten mit ihrer bestimmten Entscheidung über usuros legales noch recht wohl in die unbestimmte Regel der

L. 18. C. cit.

eingreifen könnten.

Ad voc. Etwas ganz gewiß Fälliges zu früh.

Die Gesetze in not. s. haben folgende Ansicht: wenn eine Schuld von einem gewissen Thatumstande abhängt, so ist vor Existenz des Thatumstandes gar keine Schuld da, also kann das Gezahlte pendente conditione zurückgefordert werden. Ist aber Jemand etwas ex die certo schuldig, so ist er es schon vor Eintritt des Tages schuldig, also kann man hier das, was er vor dem Tage zahlte, kein indebitum nennen, mithin auch deßwegen nicht die condictio indebiti gestatten. Es ist dieß freilich eine betrübte Entscheidung, wenn man nach §. 202 daran denkt, welche ungeheuere Vortheile eine Zahlung vor der Zeit mit sich führen kann. In

L. 16. h. t. (12, 6.)

macht es indeß Schwierigkeit, wenn man darin mit der Florentina liest: quodantem sub incerto die, daher hier

Cujac. obs. Lib. 13. cap. 20.

ein non einschiebt. Allein liest man mit Halvander etiam statt autem, so ist jede Schwierigkeit leicht gehoben.

§. 633.

Ad voc. Entschuldbaren Irrthum.

Weil die Gesetze in der Lehre von der condictio indebiti oft schlechthin sagen: ein indebitum ex errore salutem könne zurückgefordert werden, so hat jetzt

Kritz Rechtsfälle Nro. 16.

die neue Behauptung aufgestellt, dem Kläger schade bei der

condictio indebiti selbst der error culposus nicht. Dabei sucht er dann die Gesetze, welche hier zwischen error facti und juris, nämlich dem, was in der Regel verzeihlich und unverzeihlich ist — unterscheiden, durch Willkühr zu entfernen, und beruft sich sogar auf Gesetze, welche hier durchaus nicht passen, weil sie von Fällen reden, wo ausnahmsweise nach §. 78 sogar das scienter datum zurückgefordert werden kann, z. B.

L. 26. §. 1. de cond. indeb. (12, 6.)

Offenbar übersieht er, daß die Römer stets ihre Regeln nicht als absolutum behandeln und ihnen man hinterher die nöthigen Beschränkungen folgen lasse. Man muß also auch hier die Gesetze kombiniren, und daraus ergiebt sich dann von selbst das schon im Diktat zu §. 49 erwähnte Resultat.

§. 634.

Ad voc. Nur die condictio furtiva.

Dieser Satz beruht darauf, daß der wissentliche Empfang eines indebiti als furtum gilt, mithin die condictio furtiva begründet.

L. 18. de cond. furtiv. (73, 1.)

Es giebt indeß über diesen Punkt manchen Streit, weil hier mehrere Gesetze unbestimmt sind, welche man aber am besten durch die vorhin erwähnten bestimmten Gesetze durch gehörige Restriktion fixirt, über welches Alles jetzt genau gehandelt hat:

C. Sell de condictionibus lectiones duae. Darmstadt 1834 pag. 1—125.

§. 635.

Ad voc. Zinsen kann der Kläger nach Römischem Recht.

In

L. 1. C. h. t. (4, 5.)

ist bestimmt gesagt, daß bei der condictio indebiti keine Zinsen gefordert werden können. Indessen ist hier einiger Streit über die heutige Anwendbarkeit jenes Gesetzes. Viele läugnen

die Anwendbarkeit der L. 1. C. cit. ganz, weil sie darauf beruhe, daß die condictio indebiti eine actio stricti juris sey, und da bei uns alle Klagen als bonae fidei behandelt werden. Allein

L. 66. h. t. (12, 6.)

zeigt klar, daß die Römer die condictio indebiti als ein Analogon der condictio ex mutuo eingeführt hatten.

L. 5. §. 3. de O. et A. (44, 7.)

Bei dem mutuo aber als einem Realkontrakt nach §. 546 niemals Zinsen zu erlegen waren, auch wenn der Empfänger der Sachen diese verzinslich benützt hätte. Unsere heutige Verfassung ändert hierin bloß dieß, daß nach den Reichsgesetzen in mutuo der mora wegen Verzugszinsen zu erlegen sind — §. 192 — und insofern dann auch analogisch bei der actio indebiti, sofern der Empfänger wirklich in mora ist. Diese mora läßt sich aber, so lange der Zahlende den Empfänger nicht von der Widerrechtlichkeit seines Besitzes überführt hat, keineswegs aus dem bloßen Mahnen oder der angestellten Klage folgern, sondern ist nur dann anzunehmen, wenn dem Empfänger des indebiti durch direkte Gründe seine mala fides nachgewiesen wird.

L. 40. pr. de petit. hereditatis (5, 3.)
L. 24. de usuris (21, 1.)

§. 636.

Ad voc. Gegen den Richter wegen Arglist oder Versehen.

Es ist eine auffallende Erscheinung, daß Aerzte wegen jeder culpa als Delinquenten durch die gemeine actio legis Aquiliae belangt werden können.

L. 7. §. 8. L. 8. pr. L. 9. pr. ad leg. Aq. (9, 2.)

Hingegen mensores nur ob dolum et culpam latam — §. 519 — die Richter aber wegen dolus und culpa schlechthin, jedoch nur quasi ex delicto, wobei indeß Manche, aber ohne Gesetz, den Unterschied machen, daß sie sagen: ob dolum

kann der Richter als Delinquent durch die Sindicatsklage, ob culpam levem et levissimam aber nur quasi ex delicto belangt werden. Der Grund jener Sätze, wie sie im Anfange des Diktats angegeben sind, war nun, weil die Römer den gewöhnlichen Arzt als einen gemeinen Mechaniker behandelten, den Mathematiker und Juristen aber als Ausüber einer durchaus genialen ars liberalis, welcher nach der Strenge eigentlich für nichts hafte. Damit dieß aber nicht zu weit getrieben werde, machte das Edikt nach §. 519 die mensores auch wenigstens ob dolum et culpam latam verantwortlich. — Uebrigens steht der Satz, daß der Richter ob culpam hafte, ganz klar in den Gesetzen der not. n. Dennoch hat dieß

Weber in Lindes Zeitschrift 7. Bd. 1. Heft Nro. 1. willkührlich wegzuinterpretiren gesucht, indem er den Richter nur ob dolum verantwortlich macht und sogar gegen alle gewöhnliche Regeln — §. 165 Nro. VII. — unter dolus nicht einmal die culpa lata mitbegreifen will. Bloß auf die

K. G. O. von 1555 Thl. 3. Tit. 53. §. 10.

kann er sich allenfalls berufen, aber doch nicht mit genügendem Grunde, weil das, was man hier zu Gunsten des höchsten Reichsgerichtes verordnete, unmöglich benutzt werden kann, um damit für alle Gerichte eine allgemeine Regel umzustoßen, worüber jetzt gut gehandelt hat

Nahmer Sammlung der merkwürdigsten Entscheidungen des nassauischen Oberappellationsgerichtes. 2. Bd. Nro. 6.

Ad voc. Freilich irrig hierher gerechnete Fall.

Unsere Lehrbücher haben bisher die **actio de posito de suspenso** auch als eine **actio quasi ex delicto** behandelt. So thut es auch Justinian selbst in

§. 1. J. h. t. (4, 5.)

Allein es war dieß irrig. Denn wenn auch das Edikt bei Gelegenheit der **actio de dejectis et effusis**, welche wirklich eine **actio quasi ex delicto** ist, von der **actio de posito et suspenso** handelte, so ist doch die letzte Klage offenbar eine **actio**

ex vero delicto, weil sie nur gegen den geht, dem das gefährliche ponere interponirt werden kann, entweder weil er es selbst vornahm, oder weil er es nicht verhinderte, wo er es als Herr hätte verhindern können und sollen.

L. 5. §. 6. de his qui effudere.

§. 637.

Ad voc. Die Noxalklagen.

Die neueste sehr vorzügliche Schrift über Noxalklagen ist die von

Zimmern not. g. cit.

Der gewiß richtige Grundgedanke der Schrift ist: bei Illegalitäten eines Sklaven und so auch analogisch bei widernatürlichen Thierschäden, haftet die Schuld auf dem Sklaven und dem Thier. Da beide keine Personalität haben, so ist ihr Besitzer ihr Defensor, kann sich also, wenn er nicht den Schaden bezahlen will, durch Herausgabe von der Pflicht des Schadenersatzes befreien. Jene Idee, eine gegen ihre Naturgesetze handelnde Sache als einen Schaden zu behandeln, findet sich vielfach im alten Testament, wie bei den Griechen.

Zimmern S. 92—97.

und auch mehrfach in allen deutschen Statuten. Gegen jene Idee aber ohne irgend einen Grund anzugeben ist indeß jetzt

Dirksen civilist. Abhandlungen 1. Bd. S. 104.

§. 638.

Ad voc. Keine Klage wider den Eigenthümer statt.

Unsere alten Juristen haben häufig angenommen, daß der Inhaber eines Thiers auch wegen des secundum naturam sui generis von dem Thier verursachten Schadens belangt werden kann, auch wenn ihm gar keine culpa zur Last falle. Allein gegen diese Ansicht streiten die bedeutendsten Gründe. Der entscheidendste Grund ist, daß in

L. 52. §. 2. ad leg. Aquil. (9, 2.)

ausdrücklich gesagt ist: der Herr des Thiers hafte in einem solchen Falle gar nicht. Für diese Idee lassen sich nun auch noch diese bedeutenden indirekten Gründe anführen, daß Niemand den Schaden zu ersetzen braucht, den er selbst zufällig veranlaßte — §. 188 — daß er ferner nach §. 637 nicht den Schaden zu ersetzen braucht, den seine Sklaven ohne inputable Illegalität veranlaßten, und endlich, daß nach

L. 5. §. 2. eodem

der Eigenthümer einer bloßen Sache nicht den Schaden zu bezahlen braucht, welcher durch diese Sache veranlaßt ward. Die Gegner haben durchaus nichts für sich als

L. 14. §. ult. praescript. verb. (19, 5.)

welches sich aber leicht mit der richtigen Theorie vereinbaren läßt. Denn offenbar ist in diesem Fragment von einem Schaden die Rede, wobei der Herr des Thiers als Mithelfer in culpa war. Weil in dem gegebenen Fall nicht corpore corpori geschadet war, so konnte freilich nach §. 621 nicht direkt ex leg. Aq. — actione legitima — geklagt werden, aber wohl nach den neuern Ausdehnungen jener lex durch eine actio utilis oder in factum, und bloß davon ist in jenem Fragment die Rede, woraus denn offenbar nicht folgt, daß der Herr auch dann haftet, wenn seine Thiere ohne seine culpa secundum naturam generis einen Schaden veranlassen.

§. 640.

Ad voc. Mündlich geschah.

Da nicht bloß dasjenige, was mündlich ausgesprochen wird, als obligatorisch gilt, sondern überall auch dasjenige, was Jemand als obligatorisch schriftlich aussprach, so macht hier

L. 5. h. t. (50, 12.)

Schwierigkeiten, insofern darin einer epistola keine Kraft beigelegt ward, über welche Sonderbarkeit man dann viel gestritten hat. Am gewöhnlichsten pflegt man jenes Fragment, um die Vernunft zu retten, auf eine pollicitatio zu beziehen,

welche nach allgemeinen Rechtsregeln an sich keine Kraft hat, nämlich auf eine pollicitatio sine causa. Uebrigens giebt es auch noch gültige pollicitationes in Beziehung auf die dos, worüber schon im Diktat zu §. 337 das Nöthige gesagt ist.

§. 642.

Ad voc. Wenigstens jetzt.

Daß der auswerfende **A** gegen den Schiffer **B**, oder jetzt gegen den Eigenthümer der geretteten Sachen auf Entschädigung klagen kann, wenn ein Dritter den **casus** veranlaßte, ist ganz ausgemacht. Allein darüber haben Manche gezweifelt, ob die Entschädigungsklage des **A** statt finde, wenn der Schiffer **B** den **casus** selbst veranlaßte.

Manche läugnen das Letzte; allein man muß hier das römische von dem heutigen Recht unterscheiden. Nach dem ersten ist jene Ansicht wahr, weil zufolge §. 641 bei den Römern der **A** gegen den Schiffer **B** und dann der **B** weiter gegen den Herrn der geretteten Sachen klagen mußte, welches letzte der Schiffer nicht kann, wenn er selbst in **culpa** war und deßwegen zurückgetrieben werden kann. Allein unsere Praxis, welche überall mit den Kanonisten **ex acquitate** eine **implo-ratio officii judicis** zuläßt — §. 9 — hat stets das Prinzip angenommen, daß der, dessen Sachen ausgeworfen wurden, eine direkte Entschädigungsklage gegen die Herrn der geretteten Sachen hat, und so kann aus der **culpa** des Schiffers nur folgen, daß die Herrn der geretteten Sachen wegen der von ihnen geleisteten Vergütungen wieder einen Regreß gegen den culposen Schiffer haben.

§. 643.

Ad voc. Einen verhältnißmäßigen Abzug.

Um dieß Prinzip deutlich zu fassen, nehme man diesen Fall: die Hälfte der Waaren wird ausgeworfen, und der Einkaufspreis derselben beträgt 500 fl., während der Verkaufspreis

der geretteten Sachen sich auf 800 fl. beläuft. Das Ganze macht also 1300 fl. Hier muß man nun nach den Gesetzen so rechnen: 1300 fl. haben 500 fl. geben müssen, wieviel kontribuiren dazu also 800 fl.? Das Resultat ist dann einfach, daß denen, welche ausgeworfen haben, $307^{5}/_{13}$ fl. zu vergüten sind. Ganz anders rechnet

Voet not. z. cit.

indem er für den gegebenen Fall so sagt: die ausgeworfenen Sachen betragen die Hälfte, und ebenso die geretteten. Dem Eigenthümer der ersten gehört also die Hälfte des Werthes, der letzten mithin die Summe von 400 fl. Allein dieß ist sonnenklar gegen die Gesetze, welche den Auswerfenden bloß **pro rata** des Einkaufspreises der ausgeworfenen Sachen entschädigt wissen wollen, und die Idee von Voet ist um so verwerflicher, da sie sich gar nicht gebrauchen läßt, wenn die ausgeworfenen und geretteten Sachen nach dem Kubikmaß verschieden sind, z. B. wenn Jemand altes Eisen auswirft und damit Diamanten rettet.

§. 644.

Ad voc. Nicht über das Prinzip hinausgehen.

Man hat viel geredet von einer logischen Ausdehnung der

Lex Rhodia de jactu

wozu aber kein genügender Grund ist, so wenig als in der angeblichen **aequitas**. Denn nach römischem Recht braucht man nicht dafür zu haften, wenn Jemand die Sache eines Andern zerstört, um die seinige zu retten — §. 702 — und es beruht also wahrscheinlich nur auf einem **favor** des Seehandels, daß man hier alle Befrachter als **socios** behandelt. Dabei versteht sich aber natürlich von selbst, daß überall Entschädigung gefordert werden kann, wenn Jemand freiwillig zum Besten Anderer seine Sachen opfert, welche er an sich nicht zu opfern brauchte. Allein dann fällt ja Alles von selbst auf die allgemeinen Prinzipien der **negotiorum gestio**, z. B. wenn ein

Kapitalist, um eine Stadt zu retten, eine mit Branddrohungen ausgeschriebene Kriegssteuer einstweilen ganz allein vorschießt und dadurch die Stadt rettet.

§. 645.

Ad voc. Jedoch in der Regel nicht auf Zinsen.

Es ist bisher immer angenommen, daß der, welcher die **condictio sine causa** hat, keine Zinsen fordern kann. Ein specielles Gesetz fehlt hier freilich, aber die Analogie der **condictio indebiti** und **ob turpem causam** — §. 625, 635 — spricht sehr dafür. Indeß hat sich jetzt

Langenn not. b. cit.

dawider erklärt, aber durchaus ohne ein besonderes Gesetz. Nur nach unsern Reichsgesetzen kann man hier im Fall einer wirklichen **mora** die Zinspflicht annehmen, wie schon im Diktat zu §. 635 gezeigt ist.

§. 647.

Ad voc. Adjectus.

Ueber die **adjectos** wußten wir früher schon Manches, was jetzt durch **Gajus not. z. cit.** noch klarer geworden ist. Um hier Alles zu verstehen, bemerke man Folgendes. Das Wesen der Vererbung besteht eigentlich darin, daß Rechte und Verbindlichkeiten, welche **der Erblasser hatte**, auf den Erben übergehen. Vererbung ist es also nicht, wenn Rechte und Pflichten erst mit dem Erben anfangen. Jedoch kann der Erblasser dabei interessirt seyn, daß das Gegentheil statt finde, und da half sich denn die römische Praxis mit manchen Billigkeitssätzen. Dahin gehörte:

1) daß man annahm, der Erbe könne wegen der Vermächtnisse, welche der Erblasser selbst nicht schuldig ist, durch eine **actio quasi ex contractu** belangt werden. — §. 872.
2) Daß man den Satz einführte, wenn der Erblasser wolle, daß erst seinen Erben etwas gezahlt werde, so könne er

als stipulator einen adstipulator annehmen, d. h. einen Andern, welcher sich ihm die Zahlung versprechen lasse und welcher dann nach dem Tode des stipulator die Zahlung vom Schuldner verlangen könne, dann aber das Empfangene den Erben wieder herausgeben müsse, welches Alles denn freilich wieder eine Art von Chikane war, da der adstipulator nur eine Art von Mandatar ist und da nach §. 669 das mandatum durch den Tod erlischt, also damit auf das Amt eines adstipulator erlöschen sollte.

§. 13. J. de inutilib. stip. (3, 20.)
L. 11. C. de contrah. stip. (3, 38.)
L. un. C. ut actiones (4, 11.)

§. 648.

Ad voc. Dem Gläubiger seines Gläubigers mit Nutzen.

Dieser gewöhnlich angenommene Satz folgt zwar nicht aus den strengen Begriffen einer obligatio, paßt aber doch ganz zu den Prinzipien der versio in rem — §. 367 — und hat auch für sich die Entscheidung der

L. 6. de doli excep. (44, 4.)

daß der Schuldner seinen Gläubiger die exceptio doli entgegensetzen könne, wenn er dem Gläubiger seines Gläubigers Zahlung geleistet, also dadurch dem Letzten genutzt habe. Wegen des strengen Begriffs einer obligatio hat indeß jetzt

Müller not. b. cit.

den Satz des Comp. geläugnet, indem er die

L. 6. cit.

bloß auf den Fall beziehen will, wenn der Gläubiger es wissentlich geschehen ließ, daß sein Schuldner an seinen Gläubiger Zahlung leistete. Allein das Gesetz sagt davon kein Wort, auch sind Müllers Voraussetzungen unjuristisch. Denn hätte hier der Gläubiger keine Pflicht seinem Schuldner zu widersprechen, so kann ihm sein Schweigen gar nicht präjudiciren.

Mußte er aber widersprechen, so gilt sein Schweigen nach §. 710 als Mandat. Er muß dann also **stricto jure** die Handlung seines Schuldners anerkennen und so bedurfte es hier keiner **exceptio doli.** Wird sie also in jenem Fragment gestattet, so muß sie gerade auf den Fall gehen, den Müller ausschließen will.

§. 651.

Ad voc. Gewöhnlichen gerichtlichen Zwangsmittel.

Es ist von einem unserer großen und liberalsten Juristen, nämlich

Thomasius **not. g. cit.**

behauptet: der Schuldner könne stets durch alle mögliche Zwangsmittel und durch gesteigerte Strafen, also Geld- und Gefängnißstrafen und körperliche Züchtigung, zur präcisen Leistung angehalten werden. Andere wollen wegen der Gesetze in **not. h. i.** zwischen **obligationibus dandi** und **faciendi** unterscheiden. Allein wenn auch jene Gesetze stets auf genaue Leistung eine Klage und Verurtheilung gestatten, so kennt doch das römische Recht als letztes Zwangsmittel bloß die Auspfändung und Immission oder das Entreißen einer schuldigen **species manu militari,** und höchstens den Personalarrest, besonders gegen Fremde, wie es auch in andern Ländern der Fall war, worüber jetzt genauer gehandelt ist im

Archiv für civil. Praxis 14. Bd. 1. Heft Nro. 4.
21. Heft Nro. 11.

§. 653.

Ad voc. Oder wie eine Waarenschuld als solche betrachtet wird.

Gegen diesen Satz hat sich neuerlich
Gesterding **not. n. cit.**

erklärt, indem er jedoch da, wo Jemand ein Ganzes schuldig ist wegen

L. 22. §. 1. de usuris (22, 1.)

bloß eine einzige Ausnahme zuläßt, welche im Grunde keine Ausnahme ist, nämlich wenn es verabredet war, daß der Schuldner nur theilweise zu zahlen verpflichtet seyn solle. Was nun den im Comp. erwähnten und durch die Praxis gewöhnlichen Grundsatz betrifft, nämlich den Fall, wenn Jemand allmählig Stück für Stück einzelne Sachen auf Rechnung nimmt und dann hinterher der Generalconto eingereicht wird, so kann man freilich mit Gesterding sagen: der Conto verwandelt die debito specialia nicht gleichsam wie eine stipulatio aquiliana — §. 668. — in eine einzige obligatio, welche unter die Regel fällt: particularis solutio pro nulla habetur, indem die novationes privativae ohne besondere Verabredung nicht anzunehmen sind — §. 596 — und das Zusammentreffen mehrerer auf besonderen Gründen beruhenden Einzelnheiten hebt die besondere Natur dieser Einzelnheiten nicht auf.

L. 9. §. 1. si quis cautionibus (2, 11.)
L. 72. de evict. (21, 2.)

Allein unnatürlich ist doch die entgegengesetzte Ansicht der Praktiker gewiß nicht, da in dem Nehmen auf Rechnung gerade die Hauptidee liegt: ich will vorläufig Frieden haben, aber auch hinterher mit einemmal für Alles verpflichtet seyn, sobald nur die Generalrechnung zur gehörigen Zeit zugestellt ist. — Wenn übrigens Gesterding das, was das Comp. nachher in not. p. gesagt hat, auch noch dazu geläugnet, so ist es offenbar gegen das in not. p. cit. Gesetz, und wenn er sich gegen den letzten Fall in unserm §. 653 auch aufgelehnt hat, weil das Reichsgesetz in not. q. nur als lex transitoria für eine Zwischenzeit erlassen sey, so hätte er etwas milder sprechen sollen, weil das Comp. dieß auch in not. q. andeutet, indem es bloß von einer durch die Praxis vorgenommenen Ausdehnung des Reichsgesetzes redet, deren Willkührlichkeit freilich unverkennbar ist.

§. 654.

Ad voc. Keine mehr natürliche Regel aufstellen.

Wenn der Schuldner es durch seine **mora** zur Klage kommen läßt, so kann freilich nach §. 654 **not. s.** die Ablieferung am Prozeßorte verlangt werden. Allein schwerlich läßt sich dieß mit

Hollweg not. c. cit.

weiter ausdehnen, und unsere Praxis that es bisher auch nicht, doch waren unsere Praktiker im Ganzen uneinig darüber, wo die Zahlung im Zweifel gefordert werden kann. Man hatte darüber drei verschiedene Meinungen. Einige sagten mit

Huber not. c. cit.

der Schuldner müsse im Zweifel **in domicilio** des Gläubigers zahlen, und zwar wegen

L. 21. de operis libert. (38, 1.)

Weil hier aber bloß von Freigelassenen die Rede ist, welche mehrfach unter singulären Grundsätzen stünden, so behaupten Andere mit

Voet not. c. cit.

gerade das Umgekehrte, welches aber der Vernunft wegen, wie sich nachher ergeben wird, wieder nicht absolut gesagt werden kann. Daher sagt denn eine dritte ängstliche Parthei mit

Struben und Müller not. c. cit.

man müsse sich über diesen delikaten Punkt der Praxis anvertrauen, welches denn freilich so eine Art von Verweisung **ad Calendas graecas** ist, weil sich hier die Praxis nicht fixirt hat und nicht gut fixiren konnte, da man im gemeinen Leben über diesen Punkt die **minima** nicht zu achten pflegt und aus Delikatesse manches thut, was man streng juristisch zu thun nicht verpflichtet wäre. Alles scheint dafür zu seyn, daß man hier folgende Fälle unterscheiden muß:

1) es ist von einer **obligatio ex contractu** und was derselben gleich ist — §. 626, 627 — die Rede. Alsdann entscheidet das Prinzip der

L. 35. de R. J.

daß das Aufhebende das **directo contrarium** des Setzenden seyn muß, woraus denn folgt, daß die **solutio** als Tilgungsmittel am Ort des geschlossenen Kontrakts geschehen muß. Bei den Consensualkontrakten ist mithin der Ort des erklärten **consensus** der eigentliche **locus solutionis** und bei den Realkontrakten der Ort der ersten Leistung, wodurch das Geschäft bindend ward. Ein Gesetz gegen diese Idee giebt es nicht, und insofern ist das Prinzip der

L. 25. cit.

dafür.

2) Ist dagegen die Obligation von ganz anderer Art, so existirt kein besonderes Gesetz, welches zum Vortheil des Gläubigers entscheidet, und dann muß die Regel des §. 55 angewandt werden, daß in allen zweifelhaften Fällen zum Vortheil des Schuldners zu entscheiden ist, daß also im Zweifel der Gläubiger **in domicilio** des Schuldners die Sache abzuholen hat. In diesen zweifelhaften Fällen muß man denn aber natürlich diejenigen nicht zahlen, wo es **tacite** in der Natur des Verhältnisses liegt, daß der Schuldner den Gläubiger aufsuche, z. B. **A** hat einen Sohn **B** auf der Akademie, den er mit Wechseln auszustatten schuldig ist. Hier muß natürlich, wenn der Sohn nicht reiselustig ist, der Wechsel auf die Akademie nachgesandt werden. Ebenso wird Niemand daran zweifeln, daß man den Unterricht bei dem Lehrer suchen, daß die Frau zum Mann zu gehen, also auch seinem **domicilio** zu folgen hat, und daß der Diener seinem Herrn nachfolgen muß.

§. 662.

Ad voc. Für den letzten Fall muß man ꝛc.

Das beneficium competentiae ex persona tertii ist neuerlich geläugnet von

Wenning und Mühlenbruch not. z. cit.

vielleicht wohl deßwegen, weil

Hellfeld not. z. cit.

besonders zu Gunsten der Regenten, apanagirten Prinzen ꝛc. einen Mißbrauch damit getrieben hat, welcher fast bis zum Unklugen geht. Man muß sich indeß den Fall denken, daß A etwas an B unter der conditio expressa oder tacita gab, der B solle es zu seinem eigenen Unterhalt verwenden. Hat hier nun A wegen seiner vernünftigen Interessen nach §. 102 eine Klage ad implendum modum, so ist gar nicht einzusehen, warum A, wenn die Gläubiger des B diesem Alles nehmen wollen, nicht als Intervenient zum Besten des verabredeten modus auf eine Inhibition antragen dürfte. Für den Hauptfall, wo dieß täglich praktisch wird, ist die Sache noch klarer, nämlich wenn die Gläubiger eines Staatsbeamten dessen Gehalt an sich ziehen wollen; denn dann kann der Regent interveniendo sagen: dem Beamten ist sein Gehalt ausgesetzt, damit er durch dessen Genuß fähig werde seine Amtspflicht gehörig erfüllen zu können. Ziehen also die Gläubiger diesen Gehalt an sich, so taugt der Beamte nicht für den Staatsdienst, daher findet man auch überall, daß Staatsbeamte, welche falliren, entweder aus dem Dienst treten müssen oder daß man dem Gläubiger nur erlaubt so viel von dem Gehalte an sich zu ziehen, als der Beamte bei voller Sparsamkeit allenfalls entbehren konnte. Auf diese Art kann man auch in Betreff der sogenannten Civilliste der Regenten raisonniren, weil dabei von Verleihungen des Staats zum Zwecke des Staats die Rede ist, aber es ist ohne Sinn, wenn Hellfeld dieß auf das Privatvermögen der Regenten und des Staats ausdehnt, wo es keinen dritten Geber giebt, welcher sich eines vernünftigen Interesses wegen interponiren konnte.

Ad voc. Eltern und Kinder.

In

§. 38. J. de M. (4, 6.)
L. 16. de re judic. (42, 1.)

wird bestimmt nur den Eltern, wenn sie von den Kindern belangt werden, das benef. competentiae gegeben; aber nicht

umgekehrt den Kindern gegen die Eltern, und so wollen es denn Mühlenbruch und Wenning not. d. cit. den Kindern absprechen. Die Praxis hat hier aber stets die Reciprozität angenommen, theils wegen der unbestimmt allgemeinen

L. 30. eod.

theils weil sonst überall unter De- und Ascendenten das reciprocum galt. Dagegen kann man freilich wieder repliciren: Eltern, denen die Kinder die große Ehrerbietung schuldig sind, haben deßwegen mehrfach größere Rechte als die Kinder, indeß findet dagegen doch wieder zum Vortheil der Praxis die gute Duplik statt. Nach not. e. haben sogar Brüder gegeneinander das benef. compet., welche doch höchstens nur verlangen können, daß der Bruder ihnen nicht positiv verächtlich begegnen und auch sonst immer in der Regel hinter De- und Ascendenten zurückstehe, z. B. §. 961; wie sollen also bei Gelegenheit des benef. compet. die Brüder gegen die Brüder mehr Rechte haben als Kinder gegen die Eltern? Wenn hier mithin das Comp. bei der recepta sententia bleibt, so geschieht es aus Gründen, wegen deren wahrscheinlich auch Paulus sich für die recepta sententia würde erklärt haben.

Ad voc. Nicht lange nach aufgehobener.

Dieser Satz hat wohl gewiß folgenden Grund: Ein Haussohn erwarb nach dem altem System alles seinem Vater. Es wäre daher höchst hart gewesen, wenn man ihn gleich nach aufgehobener Gewalt ganz seinen Gläubigern preisgegeben hätte, sofern er bei der Aufhebung der Gewalt nicht durch eine Liberalität des Vaters so viel mit auf den Weg bekam, als zur Tilgung seiner sub potestate kontrahirten Schulden gehörte. War das Letzte geschehen, so lag freilich keine Härte darin, wenn man ihn absolut haften ließ; im umgekehrten Fall aber erfordert es die Billigkeit, daß man ihn erst eine Reihe von Jahren frei ließ, damit er etwas Eigenes erwerben könne, und daß man ihm bis dahin das benef. competent. gestatte. Für die Länge der Zeit haben die Gesetze keine Zahl angegeben, und gewiß aus weisen Gründen; weil die Erwerbfähigkeit von

guten und schlechten Zeiten und allerlei andern Nebenumständen abhängt. Ist indeß so viel Zeit verflossen, daß der gewesene Hausſohn zu Vermögen hätte kommen können, so fällt für ihn das benef. competent. weg. Dieß ist der offenbare Sinn des Allegats in not. 3. und keineswegs sagt dieß Gesetz, wie Manche glauben, der Sohn könne post multos annos gar nicht mehr belangt werden, denn die klassischen Juristen kannten ja noch durchaus nicht die erst durch die spätern Kaiser eingeführte praescriptio longissimi temporis — §. 1020 — auch ist gegen jene falsche Idee ganz entscheidend

L. 10. §. 2. de fidejuss. (46, 1.)

§. 663.

Ad voc. Gegen die Erben geltend gemacht werden.

Diesen Satz hat jetzt

Tigerström not. a. cit.

geläugnet, indem er nebenbei zugiebt, daß er für sein Läugnen kein Gesetz habe und über das in not. a. cit. Fragment bloß ausspricht, es könne nicht hieher gezogen werden. Allein das Absolute eodem videntur intervenire mortua muliere si heres agat rechtfertigt den Satz des Comp., sofern aus andern Sätzen keine Beschränkung in Betreff des beneficium inventarii nachgewiesen werden kann.

§. 665.

Ad voc. Sondern muß bewiesen werden.

In Ansehung dieses Punktes hat Justinian in

L. 18. C. de testib. (4, 20.)

Nov. 90. cap. 2.

eigene Vorschriften aufgestellt, welche ganz von den gewöhnlichen Prozeßregeln abweichen und wonach der, welcher eine von ihm behauptete Zahlung durch Zeugen beweisen will, fünf bei der Zahlung gegenwärtig gewesenen Zeugen produzi=

ren muß. Unsere Praxis hat diese Wunderlichkeit niemals befolgt, doch will sie jetzt

Linde not. r. cit.

gegen die Praxis wieder in Gang bringen, indem er nebenbei noch viel Gutes dafür gesagt hat, daß der, welcher eine Schuld bezahlte, außer der Rückgabe seiner Handschrift von den Gläubigern auch noch über die Zahlung eine besondere Quittung verlangen kann, um so völlig gesichert zu seyn, für welche Ansicht Vieler sich auch wieder erklärt hat

Gesterding Nachforschungen 3. Bd. S. 427—429.

Kann übrigens der Gläubiger, dem Zahlung geleistet wird, die Schuldurkunde nicht zurückgeben, so kann der Schuldner, deren Amortisation neben der Quittung verlangen, d. h. eine Erklärung in Form der Schuldurkunde, daß die letzte nach Tilgung der Schuld als erloschen anzusehen sey. Sehr weitläufig hat jetzt über diese Amortisation gehandelt

Schumm Beilageheft zum Archiv für civilist. Praxis 13. Bd.

§. 666.

Ad voc. Durch gerichtliche Niederlegung.

Die gemeine Lehre war bisher, daß der Schuldner einer **res mobilis** zwar wohl durch **oblatio** den Vorwurf der **mora** von sich abwende, daß aber, wenn der Gläubiger nicht gehörig annehmen wolle, zur Tilgung der Schuld noch die **depositio judicialis** gehöre, und daß dann auch die Mobilie versiegelt werden müsse, wenn sie dazu fähig sey. Diese Theorie ist nun aber neuerlich angegriffen von Zimmern in dem not. z. citirten Archiv, welcher behauptet, die Gesetze redeten nur von **depositio** und **obsignatio** aber bloß bei Geldschulden, für alle andere Sachen aber, bei denen ja auch ohnehin oft von Versiegeln gar nicht die Rede seyn kann, müsse man den Satz annehmen, daß bloß durch **oblatio** die Schuld getilgt werde. Allein man bemerke dagegen:

1) es wäre widernatürlich, wenn die Gesetze bloß für Geld-

schulden eine Ausnahme machten, also z. B. einen Dukaten unter andern Prinzipien stellten als einen Diamanten.

2) Das Versiegeln läßt sich zwar bei Mobilien noch stets anbringen, und daher hat auch die Praxis bei der **depositio** das Versiegeln nur als **ein accidentale** verlangt, wo es paßlich geschehen kann, weil es die Sicherheit vermehrt, also z. B. nicht wenn Kühe und Ochsen deponirt werden. Daher sprechen die Gesetze hier auch bei der **depositio judicialis** selbst nur von der **depositio** als von dem, was hier eigentlich wesentlich ist.

L. 9. O. de usuris (4, 32.)
L. 2. C. debitorem vend. pign. (8, 29.)

3) Bestimmte, von Zimmern zum Theil übersehene Gesetze reden auch namentlich bei Mobilien, welche kein Geld sind, von der Nothwendigkeit der **depositio**,

L. 1. §. 36. deposit. (16, 3.)
Novella 91, cap. 2.

in welcher letzten Stelle des **aliquid majus peragere** gewiß nicht auf etwas Ueberflüssiges geht, sondern auf Vollendung des Nothwendigen, weil das damit verbundene **offerat** auch gewiß kein **superabundans** andeutet, und wo doch auch das **secundum leges recondat** abermals gar nicht passen würde, wenn bloß bei Geldsummen, von denen hier gerade nicht die Rede ist, einzig und allein eine **obsignatio** und **depositio** nach gesetzlicher Vorschrift erforderlich wäre.

§. 667.

Ad voc. Daß man ihn als gar nicht vorhanden ansieht.

Gegen diesen Satz hat sich jetzt

Roßhirt Zeitschrift 2. Bd. 1. Heft S. 22—24.

erklärt. Er meint nämlich: der **mutuus dissensus** mache das

Geschäft nicht zu einem solchen, welches als gar nicht geschlossen anzusehen sey, sondern er gelte nur als eine Art von solutio, sey also z. B. beim Verkauf der Accis bezahlt, so könne dieser nach erfolgter Auflösung des Verkaufs per mutuum dissensum nicht zurückgefordert werden. Allein das Comp. scheint hier doch nach wie vor für sich zu haben das abiri emtione in

L. 6. §. 2. de contrah. emt. (18, 1.)

und noch mehr das venditio infecta sit, quasi nulla praecesserit in

L. 2. de rescind. vend. (18, 5.)

§. 670.

Ad voc. Willkührlich aufgehoben werden.

Das Compendium hat hier zur vollständigen Aufklärung noch diese Zusätze nöthig. Niemand wird gezwungen bei einer Societät zu bleiben quia communio est mater rixarum. Der Vertrag, daß die Societät ewig bestehen oder daß ihr Vermögen nie getheilt werden solle, ist sogar nichtig. Selbst die Verabredung, daß die Societas eine gewisse bestimmte Zeit bestehen solle, führt keinen Zwang zur persönlichen Fortsetzung der Societas mit sich, und bloß der Vertrag ist zu halten, welcher bestimmt, daß das Vermögen eine gewisse Zeit hindurch nicht getheilt werden solle. Dieß beweisen die Gesetze in not. l. Tritt indeß ein Gesellschafter nicht gehörig zurück, so kann er dadurch den Andern verantwortlich werden und muß diesen das Interesse vergüten oder sich als einen gemeinen Eigennützigen behandeln lassen, welcher das, was er jetzt für sich erworben hat, aber ohne Aufkündigung der Societas erworben haben würde, derselben einliefern muß, oder nicht am Gewinn, sondern nur am Schaden der Gesellschaft Theil nimmt. Nicht mehr als jene Pflicht zur Leistung des Interesse findet statt, wenn Jemand zur Unzeit aufkündigt. Die Pflicht der Einlieferung des eigenen Erwerbs trifft den, welcher arglistig zurücktritt, um etwas allein für sich zu erwerben. Eben diese

Pflicht, den eigenen Erwerb mitzutheilen und die Ausschließung von den Vortheilen der Societas, aber nicht von ihrem Schaden, trifft den, welcher einem Abwesenden aufkündigt bis dahin, daß der Letzte Wissenschaft davon erhielt, so wie jeden, welcher eine auf eine gewisse Zeit eingegangene Societas vor der Zeit aufkündigt, bis zum Ablauf dieser Zeit. Indeß können doch gerechte Entschuldigungsgründe — natürlich den Fall der Arglist abgerechnet — überall eine Ausnahme begründen. Dieß ist der Inhalt der Gesetze in not. k., wie

Roman ibi cit.

gut gesagt hat. Gegen ihn hat sich indeß jetzt ernst erklärt

Höpfner im Archiv für civil. Praxis 17. Bd. 2. Heft Nro. 10. 3. Heft Nr. 15.

indem er tief in das Naturrecht eingreift, woraus sich denn natürlich zur Verdunkelung der Gesetze viel Staub holen läßt. Roman wird viel Geduld nöthig haben, wenn er Alles widerlegen will, was gegen ihn eingewandt ist.

Ad voc. Durch einen solchen Widerruf.

Die Theorien über diesen Punkt sind sehr verschieden, worüber

Glück not. p. cit.

am ausführlichsten gehandelt hat. Viele stellen mit Leyser die Regel allgemein: das Mandat erlösche nicht eher durch Tod oder Widerruf, als bis der Mandatar diesen Umstand erfahren habe. Zwar scheint

L. 26. §. 1. mand. (17, 1.)

etwas dafür zu sprechen. Allein

L. 41. de rebus cred. (12, 1.)

zeigt, daß dort bloß von einem besondern Fall die Rede ist, daher denn Andere mit Rücksicht auf die Citate in not. o. jene Regel ganz verwerfen und unbedingt behaupten: das Mandat erlösche durch Tod und Widerruf eo ipso. Allein auch dieß läßt sich nicht absolut sagen. Man muß vielmehr mit

Westphal not. p. cit.

diese Fälle unterscheiden.

1) In Rücksicht der vermöge des Mandats einzugehenden Rechtsverhältnisse erlischt das Mandat **eo ipso** durch Tod oder Widerruf. Dieß sagen die Gesetze **in not. o.** ganz deutlich. Man nehme also z. B. den Fall: **A** beauftragt den **B** sich für ihn mit der **X** trauen zu lassen. Im Augenblick der Trauung hat aber **A** das Mandat widerrufen, ohne daß der **B** etwas von dem Widerruf weiß. Hier ist nach der Dekretale **in not. o.** die Ehe als nicht geschlossen zu betrachten.

2) In Rücksicht des einem Dritten zugefügten Schadens, z. B. wenn ein Mandatar durch den Dritten ein Mandats gemäß begehrtes Anlehen ausgezahlt war, so wie in Ansehung des Regresses, den der Mandatar durch die **actio mandati** gegen den Mandans nehmen kann; erlischt aber das Mandat nicht eher als bis der Dritte und Mandatar vom Tode oder Widerruf Wissenschaft erhalten haben. Davon sprechen denn die Gesetze **in not. p.** Ueber den besonderen Fall, wenn das Mandat erst nach dem Tode vollziehbar ist, wird schon mit Rücksicht auf **adjectus** im Diktate zu §. 647 gehandelt.

§. 671.

Ad voc. Abtragen oder verbessern will.

Wenn man die Gesetze **in not. y.** vergleicht, so ergiebt sich, daß man so sagen muß: der Vermiether kann den Miether aus dem Hause treiben, wenn er das Haus verbessern oder abtragen will. Thut er beides der Nothwendigkeit wegen, so braucht er das Interesse nicht zu leisten, sondern nur **pro rata** das Miethgeld zu erlassen, thut er es aber willkührlich, so muß er das ganze Interesse vergüten. Auch das eigene Bedürfniß entschuldigt den Vermiether, und dieses Bedürfniß braucht nicht, wie Viele sagen, unvorhergesehen gewesen zu seyn. Recht gut hat dieß

Buchholz **not. y. cit.**

gezeigt, doch geht er offenbar zu weit, wenn er für den obi-

gen Fall der Nothwendigkeit auch noch eine Pflicht zur Bezahlung des damnum emergens annimmt. Denn dieß gehört ja mit zum eo quod interest, welches hier der schuldlose Vermiether nicht zu prästiren hat. Da übrigens jenes Recht der willkührlichen Vertreibung im Grunde singulär ist, und nach dem Buchstaben der Gesetze nur auf praedia urbana geht, so ist es verkehrt, wenn Manche dasselbe auch für praedia rustica angenommen haben, wofür sich nicht wenige Praktiker erklärten.

Glück 17. Bd. S. 374—380.

Uebrigens ist es lächerlich, wenn manche Glossatoren behaupten: ein Studiosus könne gar nicht ausgetrieben werden, ja sogar andere Leute austreiben, damit er ein stattliches Quartier bekomme, und zwar wegen der Worte: secure habitent in der

Auth. Habita Cod. ne filius pro parte (4, 13.)

Denn diese gehen ja nur darauf, daß man den Studiosus in Frieden lassen soll, nicht aber darauf, daß er contra jus Alles prätendiren dürfe. Gegen jene unkluge Idee haben sich auch die Päpste in

Cap. 1. X. de locat. (3, 18.)

erklärt.

§. 672.

Ad voc. Zwei Jahre.

Manche meinen, wenn die Termine des Pachtgeldes nicht auf Jahre, sondern auf kürzere Zeit gesetzt waren, so kann schon auf Privation geklagt werden, wenn die Zahlung zweimal unterblieben sey. Allein die Gesetze reden absolut nur von zwei Jahren. Uebrigens ist

Glück not. q. cit.

welcher auch mit Recht für die zwei Jahre streitet, sehr gegen die Idee derer, welche hier dem Vermiether das Recht geben, den Miether mit Privatgewalt zu vertreiben. Allein es läßt sich für das jus expellendi allerdings dieß sagen, daß der Vermiether nach Diktat zu §. 208 juristischer Possessor bleibt,

und daß nach §. 60 jeder Possessor das Recht der Selbstvertheidigung hat.

§. 676.

Ad voc. Ipso jure.

Das Wort ipso jure nehmen hier Manche in dem Sinn, als ob sich die Compensation gleichsam nolens volens von selbst mache. Allein jener Ausdruck hat hier nur den im Diktat zu §. 34 angegebenen Sinn, daß er dasjenige bedeutet, was ohne Erklärung des Willens nach den Gesetzen von selbst eintritt, wenn man von der gesetzlichen Befugniß Gebrauch machen will. Wird also die Einrede der Compensation absichtlich nicht geltend gemacht, so tritt die Compensation nicht von selbst ein.

L. 10. de duobus reis (45, 2.)

Obgleich, wenn die Einrede vorgeschützt wird, nun die Tilgung der Schuld gleich vom Augenblick gesetzlich eingetretener Compensabilität angenommen wird.

L. 4. C. h. t. (4, 31.)

A. D. Krug die Lehre von der Compensation. Leipzig, 1833. S. 13—99.

Ad voc. Aber in der Regel ist dieß nicht anzunehmen.

Da nach dem vorigen Diktat die Compensation den Partheien durch die Gesetze nicht aufgedrungen wird, da ferner Schenkungen ohne ganz klare Gründe nicht anzunehmen sind, und da ein Gläubiger sehr oft aus Politik oder Humanität Gründe haben kann, von seinen Gegenforderungen einstweilen nicht zu reden und die Anforderungen seines Gläubigers vorläufig ohne Einrede zu befriedigen; so kann dieser Satz des Comp., den auch Viele annehmen, keinen Zweifel leiden. Indeß hat derselbe manche Gegner, welche sich auf

L. 26. de prob. (22, 3.)

berufen. Allein hier ist bloß von Brüdern die Rede, von denen der pietas wegen schon viel leichter als von andern Per-

sonen eine **remissio tacita** angenommen werden kann, und so läßt sich aus jenem Fragment höchstens die Regel ableiten, daß das Unterlassen der **exceptio compensationis** dann als gänzliches Aufheben der Gegenforderung zu behandeln ist, wenn sich aus den Umständen ergiebt, daß die Absicht des Schweigenden darauf ging.

Ad voc. Einrede der Compensation liquid seyn.

Nach allgemeinen Grundsätzen unsres teutschen Prozesses müßte man sagen: im summarischen Prozeß ist die illiquide **exceptio compensationis** zu verwerfen, wenn der summarische Prozeß, wie z. B. der Exekutivprozeß, von der Art ist, daß man darin überhaupt keine illiquiden Einreden gestattet. Allein im ordentlichen Prozeß verhält sich die Sache durchaus anders, wenn die **except. compensat.** gehörig vorgeschützt ist, d. h. wenn sie gleich mit der **Litis contestatio** verbunden ward, indem zum ordentlichen Prozeß keine sofortige Liquidität gehört, sondern jedes illiquide Vordringen dem Beweise anzusetzen ist. Neuerlich haben sich auch Viele in Betreff der **exceptio compensationis** für diese Idee erklärt.

§. 677.

Ad voc. Gegenforderung fungibiler.

Vor Justinian ward die Compensation gewiß nur bei generischen **debitis rerum fungibilium** gleicher Art — §. 174 — zugelassen, dafür war denn auch alle Vernunft. Denn wenn Jemand an einer **res non fungibilis** besonderes Interesse hat, so würde hier die Compensation geradezu den Gläubiger in seinem Recht verletzen. Dennoch hat schon früh

Merellius observ. lib. 4. cap. 35.

behauptet, nach **L. ult. C. h. t.** finde jetzt bei allen Arten der Dinge die Compensation statt, weil Justinian hier auch bei **actionibus in rem** die Compensation zulasse, eine Idee, welche, obgleich sie

Püttmann Interpret. cap. 32.

sehr gut gegen Merillius erklärt hatte, dennoch abermals von

Valett not. u. cit.

vertheidigt, aber mit Recht wieder von Hasse in dem not. s. citirten Archiv, so wie von

Gesterding not. t. cit.

verworfen ist. Denn sie führt, wie gesagt, zu der unsinnigsten Rechtsverletzung, und für die Anwendung der l. ult. C. cit. ist also nur der nach dem innern Wesen der Compensation allein denkbaren Fall vorauszusetzen, wie es bei actionibus in rem auch eine Compensation geben kann, nämlich wenn hier beide Theile z. B. wegen culpa und Verwendungen generische Geldforderungen gegen einander haben.

Ad voc. Nach dem Anstandsbriefe.

Wenn der Regent einem verschuldeten Bürger ein sogenanntes moratorium oder Anstandsbrief ertheilt, d. h. für eine Reihe von Jahren das Privilegium, das er nicht zu zahlen brauche, so muß man in Betreff der Compensation diese Fälle unterscheiden.

1) Im Jahr 1780 bekommt A vom Regenten ein moratorium. Schon im Jahr 1770 war A dem B 1000 fl. schuldig, hatte aber auch 1000 fl. von B. zu fordern. Nach Auswirkung des moratorii belangt nun A den B wegen seiner Forderung von 1000 fl. und darauf schützt sich B umgekehrt wegen seiner Forderung von 1000 fl. mit der exceptio compensationis. Dieß ist ihm nun zu gestatten; denn wenn auch die Compensation nicht nothwendigerweise eintritt, so wird doch nach dem ersten Diktat zu §. 676, sofern der Beklagte darauf excipirt, das Compensiren gleich vom Augenblick der Compensabilität angenommen. Exipirt hier also B, so ist es zu betrachten als ob die Compensation anno 1770 statt gehabt habe; also die Schuld schon vor Auswirkung des moratorii getilgt sey. Nun aber ist es ein ausgemachter Satz, daß ein moratorium nur provisorisch gegen vorhandene Forderungen sichert, aber nicht die, welche vorher getilgt waren, wieder in das Leben ruft.

2) Im Jahr 1780, als A das moratorium bekam, war er dem B 1000 fl. pare schuldig, im Jahr 1782, also nach dem moratorio, wird ihm B umgekehrt 1000 fl. schuldig. Als A diese 1000 fl. während der Frist des moratorii von B fordert, schützt sich dieser wegen seiner schon vor dem moratorio stattgefundenen Gegenforderung von 1000 fl. mit der exceptio compensationis. Viele wollen dieß gestatten. Andere, zu denen bisher auch der Verfasser des Comp. gehörte, wollen dieß aber nicht zulassen, indem sie sagen: in jenem Falle existirte bei Ertheilung des moratorii noch keine Compensabilität, und durch die in dem moratorio liegende Befristung wird die Schuld des A ein debitum ex die für die ganze Zeit des moratorii. Nun aber ist es nach §. 677 not. b. ausgemacht, daß betagte und unbetagte Forderungen nie mit einander kompensirt werden können. Allein man kann und muß mit

Krug von der Compensation S. 111—112.

dagegen einwenden, daß nach

L. 16. §. 1. h. t. (16, 2.)

in Beziehung auf Compensation eine Schuld nicht als debitum ex die gilt, wenn dem Schuldner bloß aus Humanität eine Zahlungsfrist gestattet ist.

§. 678.

Ad voc. Compensabel waren.

Nimmt man an, daß die Compensation nur eintritt, wenn die exceptio compensationis vorgeschützt ward — Diktat zu §. 676 — daß ferner die except. compens. eigentlich nicht aus der innern Schlechtigkeit der Gegenforderung des Gläubigers abgeleitet wird, sondern aus andern indirekt zur Entkräftung dienenden Gegenforderungen, und daß nach dem letzten Diktat zu §. 534 der debitor cessus die exceptiones personales, welche er gegen den cedens hatte, in der Regel dem cessionario nicht entgegensetzen kann, daß er aber die

Befugniß hat bis zur denunciatio der geschehenen Cession dem Cedenten Zahlung zu leisten, also auch durch Berufen auf compensatio mit demselben abzurechnen

§. 533. not. n.

so muß man sagen: hat der debitor cessus vor der cessio oder bis zur denunciatio derselben durch Berufen auf compensatio die Forderung des cedens wirklich getilgt, so hat der Cessionarius gar keine Ansprüche gegen ihn, sonst aber braucht sich der Cessionar die exceptio compensationis, welche aus früheren Personalverhältnissen zwischen dem debitor cessus und dem cedens abgeleitet wird, gar nicht gefallen zu lassen. Das Gegentheil sagt zwar

Glück 15. Bd. S. 94—99.

Allein er hat hier offenbar gar nicht an die allgemeinen Prinzipien der Cession gedacht.

§. 681.

Ad voc. Bedeutende Verletzung.

Die Regel, daß nur eines bedeutenden Schadens wegen restitutio gesucht werden kann, ist jetzt von

Burchardi not. i. cit.

geläugnet, weil sie als Regel nirgends stehe, wobei er jedoch eine Reihe von Fällen aufzählt, in denen die Gesetze einen bedeutenden Schaden fordern und namentlich auch

L. 49. de min. (4, 4.)

wornach selbst minores einer geringen Beschädigung wegen nicht restituirt werden sollen. Allein daraus kann man um so mehr auf die Regel des Comp. schließen, da die Römer auch sonst ihr minima non curat Praetor überall anwenden, z. B. §. 100 not. e. §. 499 Nro. a.

Ad voc. Ehe.

Daß gegen die Ehe keine restitutio in integrum ertheilt werde, behauptete man bisher fast immer, aber jetzt hat es Burchardi not. r. cit. geläugnet, weil es kein Gesetz sage.

In Betreff der **restitutio ob dolum et metum** ist der Streit unnütz, da beide jetzt Nullität bewirken, wodurch natürlich auch die Ehe vernichtet wird. Nur über die dritte bei der Ehe noch denkbare Restitutionsart, nämlich **ob minorem aetatem**, kann Zweifel entstehen, und dabei scheint es doch am konsequentesten, wenn man die **restitutio contra matrimonium ob minorem aetatem** verwirft. Denn bei den Katholiken ist ja die Ehe unausflöslich, nnd bei den Protestanten gehört die **minor aetas** nach dem Evangelio durchaus nicht zu den protestantischen Entscheidungsgründen.

Ad voc. Ihrer leiblichen Eltern.

Unter unsern Juristen ist stets Streit darüber gewesen, ob gegen **parentes** und **patronos** ein Gesuch um **restitutio in integrum** statt finde? Justinian entschied über diese Frage in

L. 2. C. qui et adversus quos (2, 42.)

offenbar ganz bestimmt verneinend, welches man denn auch auf Adoptiveltern beziehen muß, weil sie überall den leiblichen Eltern gleichstehen, nicht aber auf Stiefeltern, weil diese juristisch nichts als **parentes**, sondern nur als **affines** ihren Stiefkindern gelten. Nur dann ist nach

Novella 155. cap. 1.

ein Restitutionsgesuch gegen Eltern erlaubt, wenn sie als **tutores** ihrer Kinder handelten, und dieß spricht die Novelle nicht bloß aus, wie Manche sagen, in Betreff der **mater binuba**, sondern ganz absolut. Durch besondere Gesetze sind denn auch noch die andern nachher im Comp. erwähnten Ausnahmen zugelassen.

§. 683.

Ad voc. Judicium rescindens.

Nach der Meinung vieler ältern Juristen soll zur vollständigen **Restitutio in integrum** ein doppeltes Gesuch, Verfahren und Erkenntniß nöthig seyn. Sie behaupten nämlich, man habe wenigstens bei den Römern zuerst um Vernichtung des nach dem strengen Rechte gültigen Geschäfts und um Einräu-

mung auf die Verfolgung der Sache gerichteten Klage einkommen müssen. Seit dieß erste Verfahren — judicium rescindens — geendigt gewesen, so habe man mit einem neuen auf Zurückgabe der Sache oder Entschädigung gerichteten petitio auftreten müssen, und dieß zweite Verfahren sey denn das judicium rescissorium. Eine zweite Hauptparthei nimmt dagegen an, es gebe hier nur einen einfachen Prozeß, welcher zugleich das rescindens und rescissorium in sich enthalte. Einen Mittelweg versuchten schon früher Manche, namentlich

Voet und Coccei not. q. cit.

und dazu neigt sich auch

Burchardi not. q. cit.

mit manchen ihm eigenen Wendungen. Dieser Mittelweg scheint nun den Vorzug zu verdienen, wenn man auf nachstehende Art unterscheidet.

I. Die Fälle, da es zur gänzlichen Befriedigung des Verletzten hinreichend ist, wenn nur das Geschäft rescindirt wird, z. B. wenn das Geschäft noch unerfüllt ist, oder wenn Jemand eine Erbschaft antrat und gegen die Antretung Restitutionsgründe hat. Hier kann es nur ein judicium rescindens geben und dieß sagen auch die Gesetze in not. q.

II. Die Fälle, da die bloße Rescission nicht hinreicht. Hier kann nun der Verletzte

1) die bloße Rescission in einer eigenen Klage fordern und dann nachher noch das Objekt seines Rechts durch eine besondere Klage verfolgen. Es ist diese Spaltung sogar nothwendig, wenn das zu restituirende Recht einstweilen noch nicht eingeklagt werden kann, z. B. wenn Jemand durch dolus ein Recht aufgab, welches erst nach 10 Jahren klagbar ist. Wird ihm hier per restitutionem sein verlorenes Recht nicht wieder restituirt, so kann er's nun doch erst nach 10 Jahren verfolgen, wie die Gesetze in not. s. zeigen. Diesen letzten Fall abgerechnet kann er aber auch

2) die auf Verfolgung des Objekts seines Rechts gerichtete Klage geradezu anstellen und dann nur nebenbei durch

ein rescissorisches petitum auf Rescission des Geschäfts antragen, wie z. B. wenn Jemand durch Furcht bewogen, eine Sache herausgegeben hat, so kann er geradezu die actio quod metus causa auf Rückgabe anstellen und bloß nebenbei anführen, daß ihn der Richter, um die Klage durchzusetzen, iu integrum zu restituiren habe. Dieß ist es denn, was die Gesetze in not. t. sagen.

§. 684.

Ad voc. Gewöhnlich angenommenen Restitutionsgründe.

Die hier im §. 684 aufgezählten Arten der Restitution sind die, welche man gewöhnlich dahin gezählt hat. Will man indeß alles Gegenwirken der Billigkeit gegen das strictum jus dahin rechnen, so kann man noch vielerlei Anderes darunter bringen, z. B. die condictio indebiti, die revocatio donationis ob ingratitudinem oder ob supervenientiam liberorum, die prätorische possessio bonorum contra tabulas etc., wozu denn auch

Burchardi S. 1—22.

sich sehr geneigt hat. Dagegen hat sich aber

Schröter §. 683 not. q. cit.

aus guten Gründen erklärt, indem er durchführt, daß die Römer nur den Fall restitutio in integrum genannt haben, wenn der praetor ein verlornes Recht durch Gewährung einer auf Verfolgung desselben gerichteten Klage — formula — wiedergegeben habe, womit denn sogar noch manches von den Arten der restitutio in integrum ausgeschlossen wird, was man bisher mit den Römern immer dahin rechnete, z. B. die geradezu auf Verfolgung einer Sache oder auf Schadensersatz gerichtete actio quod metus causa oder de dolo. Allein schon

L. 1. de in integrum restitutione (4, 1.)

nebst dem, was ihr in 6 Titeln folgt, zeigt ganz klar, daß es die Römer hier wie überall nicht so haarscharf als manche unserer Juristen mit der Begriffsbestimmung hielten.

§. 688.

Ad voc. Zu den persönlichen Klagen gehört.

Da die actio Pauliana stets an den sehr beschränkten Umstand gebunden ist, daß ein dolus von beiden Seiten oder von einer Seite stattfand, und da sie, wenn auch gegen den malae fidei possessor doch niemals gegen den dritten bonae fidei possessor stattfindet,

L. 9. h. t. (42, 8.)

so ist sie offenbar nur nach §. 62 eine actio in personam und keine actio in rem. Dennoch wird sie in

§. 6. J. de act. (4, 6.)

für eine actio in rem erklärt. Darüber ist denn ein großer Streit entstanden, und Manche wollten dem Uebel dadurch abhelfen, daß sie die Institutionen durch willkührliche Fiktionen auf eine ganz andere Klage bezogen. Allein vergleicht man mit

Theophilus ibidem

so ist diese Willkühr doppelt verkehrt. Es bleibt also nichts übrig, als daß man Justinians Aeußerung für einen Mißgriff erklärt, wie es auch jetzt wieder

Kori Konkursprozeß §. 14.

gethan hat. Wahrscheinlich kommt Justinians Aeußerung daher, weil, wenn Jemand in fraudem creditorum sein Eigenthum veräussert hätte, der praetor den Gläubigern durch Rescission die Eigenthumsklage des Veräußerers gab, von welchem Fall die Institutionen bloß reden.

Schröter not. q. cit.

Allein diese actio in rem restituta ging doch nach

L. 9. cit.

nicht gegen dritte unschuldige Besitzer, war also doch im Grunde nichts als eine actio in personam.

§. 689.

Ad voc. Vor Ausbruch des förmlichen Konkurses.

Darüber kann nach den Gesetzen in not. c. kein Zweifel

seyn, daß die Konkursgläubiger zu keiner Anfechtungsklage befugt sind, wenn der Gemeinschuldner vor ausgebrochenem formellen Concurse bloß einen ihm deferirten Gewinn ausschlug, und daß hier nicht mit Manchen in Betreff des Fiskus eine Ausnahme gemacht werden kann. Denn vergleicht man noch die Zusätze in not. e., so ergiebt sich daraus bloß, daß der Fiskus wie jeder Andere alienationes fraudolosas anfechten kann, wenn er das Vermögen eines Bürgers durch Confiskation an sich zieht, auch wenn die Confiskation nicht gerade wegen eines Kriminalverbrechens erfolgte, welches Letzte durch das non quaeratur angedeutet wird. Allein wie verhält es sich, wenn nach Ausbruch des formellen Konkurses der Gemeinschuldner einen ihm deferirten Gewinn ausschlägt? Einige sagen: die Konkursgläubiger brauchten sich dieß nicht gefallen zu lassen, weil mit dem formellen Konkurse jedes Dispositionsrecht des Gemeinschuldners aufhöre. Andere dagegen sagen: da der Gemeinschuldner nach Ausbruch des Konkurses das Recht behält neues Vermögen zu erwerben, und da dieß Vermögen nicht zur Konkursmasse geschlagen werden kann, weil dazu nur dasjenige gehört, was im Augenblick des ausgebrochenen formellen Konkurses dem Gemeinschuldner gehörte, so kann eine nach dem formellen Konkurse stattgehabte Nichterwerbung eben so wenig angefochten werden, als wenn der Gemeinschuldner vor dem Konkurse einen deferirten Gewinn aufgegeben hätte. Allein es scheint, daß man hier mit dem Comp. diese zwei Fälle unterscheiden muß.

1) Dem Gemeinschuldner wird nach Ausbruch des Konkurses ein Gewinn deferirt. Dann muß man der zweiten Parthei wegen ihrer vorhin angegebenen Gründe Recht geben.
2) Der Gewinn war dem Gemeinschuldner schon vor Eintritt des formellen Konkurses deferirt, und nun will er ihn nach Ausbruch des Konkurses nicht annehmen oder entsagt demselben. Hier hat doch wohl die erste Parthei das Mehrste für sich. Denn in diesem Falle hat der Gemeinschuldner schon vor Ausbruch des Konkurses ein jus speciale delatum, dessen Vortheile er Andern über-

lassen konnte. Im Zweifel geht aber jedes einzelne cessible Recht des Gemeinschuldners, welches derselbe vor Ausbruch des Konkurses hatte, auf die Konkursgläubiger über.

Ad voc. Widerrechtlich zu begünstigen, Zahlung leistet.

So viel ist nach

L. 10. §. 16. L. 24. quae in fraud. cred. (42, 8.)

ganz gewiß, das die Konkursgläubiger alles zurückfordern können, was ihr Mitgläubiger dem Gemeinschuldner auf illegale Art abpreßte. Eben so haben viele Praktiker angenommen, daß die **actio Pauliana** angestellt werden kann, wenn der Schuldner durch Zahlungen einen seiner Gläubiger arglistig zu begünstigen suchte, und zwar wegen

L. 24. cit.

L. 6. §. 1, 2. de rebus auctoritate judicis (42, 5.)

Diese Ansicht der Praktiker hat nun auch

Schweppe Konkursprozeß 3. Auflage §. 82.

zugegeben, doch erklärt er sie für illegal, weil jene Gesetze nur von dem eigenen Fall redeten, wenn ein Pupill nach geleisteten Zahlungen sich von der väterlichen Erbschaft abstinirte. Sehr denkbar ist es freilich, daß die Römer nur in diesem Fall etwas Eigenes haben wollten, weil sie überhaupt das **beneficium abstinendi** der Hauskinder so eng als möglich zu machen suchten. — S. Diktat zu §. 838. 987. — Diese ganze Idee hat nun jetzt

Franke not. p. cit.

und im Archiv für civil. Praxis 16. Bo. 2. Heft S. 251 bis 270 noch besser durchgeführt.

§. 690.

Ad voc. Und die Praxis.

Die Praxis, welche das Comp. hier erwähnt, läßt sich mehrfach mit **Burchardi** die **not. h. cit.** bestreiten, da das

römische Recht ad exemplum minorum nur den civitatibus, und das kanonische Recht nur den Kirchen und milden Stiftungen Restitution verspricht, alles übrige mithin, was hier das Comp. erwähnt, nur die Ausdehnung eines juris singularis, und in so fern nach der Strenge

§. 51. not. f.

zu verwerfen ist.

§. 693.

Ad voc. Nicht aber die Kinder selbst.

Im Edikt ist bloß den Gläubigern dessen, welcher nach §. 388 eine capitis deminutio minima durch Emancipation arrogatio und adoptio litt, restitutio in integrum versprochen, und es ist ganz verkehrt, wenn Manche auch dem capite minuto selbst ein Restitutionsgesuch gestatten, da es das Edikt nicht thut und da man dem Kinde einwenden kann, daß es ja selbst die capitis deminutio mit ihren schlimmen Folgen durch seine Zustimmung herbeigeführt habe. Aus eben diesem Grunde wird ja auch nach

L. 2. §. 4. de capite minut. (4, 5.)

der Gläubiger nicht restituirt, wenn er durch eigene arrogatio des Kindes dessen capitis deminutio herbeiführte. Uebrigens behauptet

Burchardi not. y. cit.

diese bei uns durch die Praxis gewiß abgeschaffte restitutio sey schon im römischen Recht im Fall der emancipatio für unnöthig erklärt, weil das Edikt selbst — §. 602 Not. 3. — dem Gläubiger des emancipati gegen denselben eine actio in id, quod facere potest gestattet haben. Allein da das Edikt über restitutio darneben als praktisch in den Pandekten steht, so sagt man gewiß natürlicher, daß das Edikt über jenes beneficium competentiae die andere Frage nicht entscheidet, wie ein Gläubiger überhaupt wegen der sub potestate kontrahirten Schulden eine Klage gegen den emancipatus haben kann, worauf denn nach den andern Gesetzen zu antworten ist: er kann sie haben entweder ex jure gentium oder ex jure civili,

wenn sie ihm im letzten Fall durch **restitutio in integrum** wieder gegeben sind, aber in beiden Fällen muß er doch dem gewesenen Haussohn nach §. 662 **not. s.** einstweilen das **beneficium competentiae** zugestehen.

§. 695.

Ad voc. Ganz allgemein dahin verstanden.

Im Edikt über **restitutiones** verspricht der **praetor** noch am Ende ganz generell **restitutio** mit den Worten: **item si qua alia justa causa mihi videbitur.**

L. 1. §. 1. in fin. ex quibus caus. maj. (4, 6.)

Aus Abneigung gegen unbestimmte Willkühr hat man bisher oft versucht jene **generalis clausula** auf etwas Bestimmtes zu beschränken, z. B. bloß auf Fälle der **absentia laudabilis**, in so weit sie das Edikt nicht speciell nennt, oder auf Fälle einer bloßen Versäumniß, zu welchen Restriktionen sich

Franke und Burchardi not. q. cit.

mehrfach geneigt haben. Allein die Fassung jener **generalis clausula** ist nun einmal ganz absolut, und dieses Absolute begreift sich auch wohl, da der **praetor** das Recht schaffen durfte und insofern sein Ermessen Vieles vorhalten konnte, was nur dann als illegal erscheint, wenn, wie bei uns, der Richter bloß zur Anwendung vorhandener Gesetze angestellt ist und insofern leicht für nichts gilt, wenn er nicht eine **Lex** oder ein Buch als Gewährsmann anführen kann. Daher haben auch unsere Praktiker, obgleich sie jene **generalis clausula** gewöhnlich absolut nehmen, dennoch bei Anwendung derselben in der Regel nicht mehr gethan, als daß sie davon in den Fällen Gebrauch machten, wo man schon mit den allgemeinen Grundsätzen der **restitutio ob absentiam** oder **ob errorem** auskommen kann.

Ad voc. „Falsch ist."

Die Gesetze über diesen Punkt haben manche Schwierigkeiten. In

L. 10. C. de procurat. (2, 13.)

ist die Regel aufgestellt, daß der Prinzipal nicht restituirt werde, wenn der Procurator innerhalb der Gränzen seines Mandats einen Fehler begangen habe. Allein in

L. 26. §. 9. in quibus causis majores (4, 6.)

machte Ulpian für den Fall der absentia des Prinzipals eine Ausnahme, welche als eine mit sonstigen Grundsätzen zusammentreffende Ausnahme sehr leicht zu einer bloßen Restriktion der Regel des ersten Gesetzes benutzt werden kann. Dagegen macht nun aber wieder ein abweichender Ausspruch des Paulus in Betreff des **absens rei publicae causa** in

L. 39. eodem

große grammatische ganz unbesiegliche Schwierigkeiten. Man hat dieß Gesetz bisher durch vielfache Künsteleien zu entfernen gesucht, welche keinen Unpartheiischen überzeugen können, und dahin scheint es auch zu gehören, wenn

Burchardi not. s. cit.

die Aeußerungen des Paulus vom strengen Recht, die des Ulpian aber von der vorwaltenden Billigkeit verstehen will, welches auf allen Fall nicht besser ist als wenn Hellfeld das eine Gesetz von einem solventen und das andere vom insolventen Procurator versteht. In Ansehung der Gerichtsprokuratoren haben unsere Gerichte immer die **restitutio** zugelassen, blieben aber stets darüber im Schwanken, ob der Prinzipal direkt oder erst dann zu restituiren sey, wenn er den Prokurator vergebens ausgeklagt habe. Das erste ist wohl gewiß konsequenter, wenn man mit unsern Gerichten jene **restitutio** deßwegen für zulässig erklärt, weil es sich nicht schicke, wenn der Staat den Bürger durch die **culpa** der Personen leiden lasse, welche man **publice** zur Mithülfe für die Bürde angestellt habe.

§. 696.

Ad voc. Die Regel bilden läßt.

Gewiß ist es, daß das Edikt ob errorem Restitutionen versprach.

Pauli sent. Lib. 1. tit. 7. §. 1.
L. 2. de restitut. in integr. (4, 1.)

Leider stellt das Edikt kein genaues Prinzip über die Gränzen dieser Restitutionsart auf, und so kann man nur historisch erzählen, in welchen einzelnen Fällen die Gesetze **ob errorem** Restitution ertheilt haben. So viel ist nun gewiß, daß keine **restitutio** ertheilt wird, wenn Jemand **essentialiter** geirrt hat, denn dann ist er ja nach Diktat zu §. 449 der eintretenden Nullität wegen schon an sich **ipso jure** gedeckt. Eben so gewiß ist es, daß Restitution ertheilt wird, wenn Jemand aus entschuldbarem Irrthum Fristen versäumt hat, denn dann kann er nach §. 694 auf **restitutio ob absentiam** Anspruch machen. Man darf dieß aber nicht mit

Franke not. y. cit.

als den Hauptfall behandeln, sondern man muß mit

Burchardi not. y. cit.

noch weiter gehen, da es allerlei andere Fälle giebt, wo einer besondern Erbarmungswürdigkeit wegen der Irrthum verziehen wird, nämlich

a) nach §. 427, wenn Jemand durch einen **protutor** getäuscht ward.

b) Im Fall einer irrigen **pluris petitio.**

§. 33. J. (4, 6.)

c) Wenn ein deliberirender Soldat eine Erbschaft antrat, deren bedeutende Ueberschuldung sich nachher ergiebt.

§. 5, 6. J. de hereditato qualitate (2, 19.)

d) Wenn Erbschaftsgläubiger irrig für sich die **separatio** der Erbmasse erbaten.

L. 1. §. 17. de separat. (22, 6.)

e) Wenn ein unfähiger Bürge irrig im Prozeß angenommen ward.

L. 8. §. 2. qui satis dare (2, 8.)

Endlich

f) wenn ein **indignus** nach erfolgter Entreißung der Erbschaft auch noch nebenbei durch die **confusio** — §. 85 — dürfe, wo ihn denn nach Entreißung der Erbschaft seine alten Rechte gegen den Erblasser restituirt werden.

L. 21. §. 1. de Sancto Silaniano (29, 5.)
L. 1. de his quae ut indignus (84, 9.)

In andern Fällen einer dringenden Billigkeit und Menschlichkeit würde dieß der Richter auch bei uns zu analogischen Entscheidungen benutzen können, wie es auch bisher in Praxi gewöhnlich geschah.

Viertes Buch.

Dingliche Sachenrechte.

Erster Theil.

Ueber dingliche Sachenrechte, deren Gegenstand keine universitas ist.

§. 698.

Ad voc. Dominium directum und utile.

Unsere früheren Juristen pflegen gewöhnlich von dem **directo** und **utili** nur bei ihrer Eintheilung des Eigenthums in **dominium directum** und **utile** zu reden, welches erste sie durch Obereigenthum übersetzten, während sie das letzte Nützungseigenthum nannten und zu demselben durchaus solche Rechte zählten, welche nur ein **jus in re aliena** und kein **dominium** sind, wie das Recht des **emphyteute** und **Superficias** — §. 732. — und so denn auch das Recht des Lehensvasallen. Da das letzte zu einer sinnlosen **contradictio in adjecto** führt, indem ja ein bloßes **jus in re aliena**, eben weil es dieß ist, kein **dominium**, also auch kein **dominium utile** seyn kann, und da die neueren Juristen die einzige vernünftige Grundfrage, woher seine ganze Eintheilung entstand, historisch nicht untersuchen mochten, so ist es natürlich, daß man auch zu einer vernünftigen Definition des **dominii utilis** gar nicht kommen konnte. Die im Comp. angegebenen historischen Umstände klären hier Alles auf, und es ist denn doch offenbar, daß die Glos-

satoren, welche die Eintheilnng erfanden, von einer richtigen Grundidee ausgingen, da die Römer vindicationes haben, welche sie directas nennen, d. h. welche direkt ex stricto jure civili entstehen, z. B. wenn ein Bürger eine res mancipi durch mancipatio erworben hat und daneben auch vindicationes utiles, wenn nämlich einem Bürger eine vindicatio nur ex aequitate eingeräumt wird, z. B. wenn der absens durch restitutio praetoria sein verlorenes Eigenthum wieder bekommt. So kann man denn, obgleich keine Realitäten daraus folgen, recht gut mit den Glossatoren sagen: daß das Eigenthum entweder streng rechtlich ist — directum — oder nur ein Billigkeitseigenthum — utile. — Damit bei Servituten auch strictum jus und aequitas wirken, so sprechen denn die Glossatoren auch servitus directa und utilis. Unsere neueren Juristen übersahen nun ganz den richtigen Grundgedanken der Glossatoren und blieben bloß bei einem Nebenirrthum derselben stehen, vermöge dessen die Glossatoren die oben erwähnten bloßen jura in re aliena mit als Arten des dominii utilis aufzählten, weil bei Gelegenheit der Emphyteusis in den Gesetzen mehrmals vom dominio des emphyteuta die Rede ist, während denn eben auch dem Verleiher der emphyteuta ein dominium rei zugesprochen wird. Die Glossatoren wußten dieß nicht anders auszugleichen, als daß, weil sie nun einmal so zu sagen in der Melodie waren, sie dem emphyteuta ein dominium utile, dem Verleiher aber ein dominium directum zuschrieben. Allein es soll im Diktat zu §. 775 vollständig gezeigt werden, daß die Gesetze dem emphyteuta als solchem nur ein jus in re aliena geben, und erst dann ein dominium, wenn er durch vollständige alienatio wirklich das Eigenthum der Sache von dem Verleiher erworben hat.

§. 702.

Ad voc. Zu zerstören.

Nach den Grundsätzen über Selbstvertheidigung kann es gar keinen Zweifel leiden, daß **A** die Sache des **B** vernichten

darf, wenn sie seiner Sache einen Schaden droht, welcher ohne jene Vernichtung unvermeidlich seyn würde. So sagen es auch die Gesetze in not. u. Dennoch ist

Kritz not. u. cit.

auf die ihm ganz eigene Idee gekommen, es dürfe in jenem Falle der **A** die drohende Sache des **B** nur dann vernichten, wenn die Sache des **B** z. B. bei einem Brande ohnehin verloren gewesen wäre, worauf sich denn am Ende sogar folgern ließe, daß sich **A** von dem gesunden Hunde des **B** ruhig müsse beißen leissen. Auf fremde Bienen hat

Gesterding not. u. cit.

die richtigen Grundsätze gewissenhaft angewandt, indem er sich mit Recht nebenbei gegen eine eigene Eleganz von Leyser erklärt, welcher gegen überschwärmende Bienen nur die Auspfändung zulassen wollte.

§. 705.

Ad voc. Actio in factum.

Diese actio in factum kann nicht so ganz und gar absolut angestellt werden, wie es das Compend. im Bestreben nach kompendiarischer Kürze sagt, aber auch bisweilen nicht so beschränkt, wie es Manche unserer Juristen wollen. Folgendes dient zur näheren Bestimmung.

1) Wenn **A** die Sache des **B in bona fide** veräußert — denn der malae fidei possessor ist stets verantwortlich — so kann **B** von **A** das erhaltene pretium, wenn es denselben bereichert, abfordern, sofern bei **C** die Sache zu Grunde gegangen ist und insofern dem **B** die vindicatio der Sache von **C** unmöglich ward. Dieß sagen nun auch die Gesetze in not. k. und

L. 47. depositi (16, 3.)

L. 1. C. de rebus alienis (4, 51.)

und es ist ganz willkührlich, wenn

Glück 8. Bd. S. 245, 246.

jene Gesetze bloß auf den Fall beziehen will, wenn **A**,

nachdem er von B belangt war, die Sache von C veräußerte. Machte übrigens A mit der Sache des B sonst noch einen Nebengewinn, z. B. weil er sie für Geld sehen ließ, so haben wir kein Gesetz, welches hier den A verpflichtet jenen Nebengewinn herauszugeben, und aus allgemeinen Grundsätzen läßt sich dergleichen gewiß auf keinen Fall ableiten, weil die allgemeinen Billigkeitsklagen ob locupletationem — §. 9 — in der Regel nur auf den Fall gehen, wenn Jemand in sein Vermögen etwas aus dem Vermögen des Andern gebracht hat.

2) Werden Sachen des B mit der Prinzipalsache des A ohne Umgestaltung vereinigt, aber unzertrennlich, so daß sie den B nach Grundsätzen der accessio — §. 740—744 — von A nicht vindiciren kann, obgleich sie noch in rerum naturam existiren, alsdann muß A gewiß so viel bezahlen, als ihn die Sachen bereichern.

L. 23, §. 4, 5. de R. V. (6, 1.)

3) Allein gesetzt A konsumirt die Sache des B und wird dadurch bereichert, welche Consumtion denn auch juristisch der das Eigenthum ertheilende specificatio — §. 743 — gleichgilt, muß dann hier auch dasselbe angenommen werden. Hier behauptet nun

Schweppe not. k. cit.

daß A wegen seiner locupletatio nicht belangt werden könne, namentlich nicht im Fall der specificatio, weil die spezificirte Sache nach

Gajus II, 79.

als res exstincta gelte. Allein kann man nicht durch eine res exstincta bereichert werden, z. B. wenn man sich an fremdem Brode satt ist und das eigene spart, oder wenn man aus fremdem kostbaren Holze sich schöne Stühle und Tische machen läßt? Freilich fehlen hier für die Vergütungspflicht ganz genau besondere Gesetze, ohne welche die juristischen mediculosi nicht leben können. Allein man kann die specialissime entbehren, wo man allgemeine Rechtsregeln hat, und daran fehlt es hier nicht,

weil wir das allgemeine Prinzip haben, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Andern bereichern soll, und daß auch wegen einer konsumirten Sache Vergütung verlangt werden kann, insofern sie den Konsumirenden bereichert.

L. 7. l. 14. L. 26. §. 12. L. 6. §. 6. de Cond. indeb. (12, 6.)

In Betreff der Specifikation kann nun aber auch noch

L. 29. §. 1. L. 3. O. de donat inter vivos (24, 1.)

gegen Schweppe angeführt werden.

§. 707.

Ad voc. Die Sache vom wahren Eigenthümer.

Die Mehrzahl der Glossatoren behauptete ad

L. 12. C. de probat. (4, 19.)

der Kläger müsse bei der rei vindicatio in der Regel bloß beweisen, daß ihm sein Auctor, d. h. der, von dem er die Sache erwarb, die Sache veräußert habe, sondern auch daß der Auctor und dessen auctores Eigenthümer waren. Allein einige Glossatoren sagten: die Gesetze verlangen nur den Beweis des modus acquirendi des Klägers,

L. 4, 12. C. de prob. (4, 23.)

präsumiren also daraus das dominium des Klägers, da indeß das Fundament der R. V. das dominium sey, welches a non domino nicht erworben werden könne,

L. 20. de acq. rerum (41, 1.)

und da dem Beklagten stets der direkte Gegenbeweis zu gestatten sey, so müsse hier dem Beklagten der Gegenbeweis der exceptio emisti a non domino gestattet werden. Diese zweite Theorie, welche in früheren Zeiten auch der Verfasser des Comp. zu vertheidigen suchte, und welche nach der Relation von

Kritz not. y. cit.

noch zuletzt in sächsischen Gerichten mehrfach Eingang fand, ward aber gewöhnlich von unserer Praxis und bis auf die neueste Zeit von den mehrsten Theoretikern verworfen, indem man sich

an die erste Theorie der Mehrzahl der Glossatoren hielt, und wohl mit Recht. Denn in

§. 37. J. de act. (4, 6.)

wird dem, welcher unmittelbar gut titulirt ist, doch die rei vindicatio an sich abgesprochen, wenn er noch nicht dominus geworden sey, und in

L. 6. §. 9. de R. V. (6, 1.)

heißt es: wenn ich bewiesen habe rem meam esse, so könne doch die causa possidendi des Beklagten gar nicht weiter in Betracht kommen, welches doch nur absolut wahr seyn kann, wenn der Kläger sein Eigenthum plene beweist. Die Gesetze, welche die zweite Parthei der Glossatoren für sich citirt hat, lassen sich auch gut beseitigen. Denn L. 4. 12. cit. entwickeln ja gar nicht vollständig, was zum strengen Beweise des Eigenthums unter allen Verhältnissen in Beziehung auf jeden Dritten gehört. Härten können daraus nach der Strenge entstehen, aber es wird sich bei §. 711—714 zeigen, daß diese wieder durch die prätorische actio Publiciana gemildert sind.

Ad voc. Doch haben einige Personen ꝛc.

Die Praxis hat stets mit der Glossa angenommen, daß in der nachher im Comp. unter a, b genannten Fällen derjenige, dem das Geld gehöre, Eigenthümer der Sache werde, welches man denn auch auf den Fall unter c ausdehnte, weil sonst überall Corporationen die jura minorum haben. Nach einigen früheren Zweifeln ist die Sache neuerlich genauer erörtert, wie man aus den Schriften

not. b. c.

sehen kann, doch ist der Friede nicht hergestellt. In Betreff der Soldaten scheint die Theorie der Praxis durchaus richtig zu seyn. Denn den Soldaten wird geradezu im Titel über die Eigenthumsklage eine vindicatio der mit ihrem Geld gekauften Sache gegeben,

L. 8. C. de R. V. (3, 32.)

unter welcher Rubrik denn unter vindicatio nichts als die R.

V. verstanden werden kann. Was die Mündel betrifft, so wird ihnen in

L. 7. pr. qui potiores (20, 4.)
L. 3. pr. de rebus eorum (27, 9.)
L. 6. C. de servo pig. dato (7, 8.)

allgemein ein Pfandrecht an der einseitig mit ihrem Gelde gekauften Sache gegeben, ohne daß hier unterschieden wird, ob der Käufer ein Dritter oder der Vormund war. In Beziehung auf Dritte, welche keine Vormünder sind, haben wir kein anderes entgegenstehendes Gesetz, also hat der **pupillaris** gegen sie eine Legalhypothek, aber nicht mehr. In Betreff des Vormunds hat es aber viel für sich, wenn man gegen ihn dem Mündel ein Eigenthum giebt. Denn in

L. 2. quando ex facto tutorum (26, 9.)

wird dem Mündel **ad rem vindicandam** eine **utilis vindicatio** gegeben. Zwar sagt

Löhr not. c. cit.

die hypothekarische Klage sey auch eine **vindicatio**, allein nach der gewöhnlichen Sprache ist **utilis R. V.** stets nur eine aus Billigkeit gegebene Klage des Eigenthums. Dafür ist denn auch

L. 3. C. arbitrium titulae (5, 51.)

ganz entscheidend.

§. 709.

Ad voc. Die Konsumirten.

Da es sonst allgemein Regel ist, daß jeder so viel zur Vergütung herausgeben muß, als er sich durch die Consumtion fremder Sachen bereichert hat; so behaupten Manche: der **bonae fidei possessor** müsse die **fructos consumtos** insoweit bezahlen, als er sich dadurch bereichert finde. Selbst

Cujac. not. w. cit.

hat sich für diese Idee erklärt. Allein die Gesetze in **not. t.** sagen aufs bestimmteste, daß der **bonae fidei possessor** die **fructos consumtos** gar nicht zu vergüten habe, und sie geben zugleich auch ihren Grund an, warum hier dem Beklagten ein

Gewinn gegönnt werden müsse, nämlich weil er doch bisher die Last der **cultura et cura** der vindicirten Sache gehabt habe, für welche Mühe er nach den Prinzipien der **negotiorum gestio** an sich keine Bezahlung fordern kann, welches man hier denn nach Billigkeit durch den Fruchtgewinn zu vergüten sucht. Manche leiten die ganze Sache daher ab, daß überhaupt wegen konsumirter Dinge nicht geklagt werden könne. Allein es ist schon im Diktat zu §. 705 gezeigt, daß ein solcher Rechtsgrund sich im Allgemeinen durchaus nicht erweisen läßt.

§. 709.

Ad voc. Ein abgesondertes interimistisches Eigenthum.

Darüber ist gar kein Zweifel, daß der **bonae fidei possessor** die **fruct. pendentes** als integrirenden Theil der Hauptsache mit herausgeben muß, und daß er, wie im vorigen Diktat gezeigt ist, die **fructos consumtos** nicht zu vergüten hat. Allein wie wird es in Ansehung der noch vorhandenen separirten oder eingeerndeten Früchte? Ueber diesen Punkt hat man von jeher gestritten. Neuerlich hat Savigny vom Besitz, 4te Auflage S. 233—234. — 5te Auflage S. 272—278, die eigene Behauptung aufgestellt: der **bonae fidei possessor** bekomme an den separirten und percipirten Früchten nicht mehr Rechte, als er an der Hauptsache hatte, mithin höchstens nur die Vortheile der **actio Publiciana**, welche nach §. 711 der titulirte **bonae fidei possessor** hat, welche Behauptung denn natürlich gleichviel nachgeschrieben ist. Allein diese Idee wird nun offenbar schon durch

L. 4. §. 19. de usurpat. (41, 3.)

widerlegt. Man muß ihm vielmehr an den noch vorhandenen getrennten Früchte die Rechte eines **dominus** geben, jedoch in der Art, daß er dem wahren Eigenthümer weichen muß, wenn dieser den Prozeß gegen ihn gewinnt, welche richtige Idee schon die Glossatoren hatten und zuletzt auch gegen Savigny ausführlich vertheidigt ist von

Backe not. u. in f. cit.

so wie nun auch wieder von

Fritz Erläuterungen 2. Heft S. 301—305.

Das interimistische dominium des bonae fidei possessor ergiebt sich klar aus

L. 13. quibus modis usus fructus amittatur (7, 4.)
L. 25. §. 1. de usuris (22, 1.)
L. 4. §. 19. de usurpat. (41, 3.)
L. 48. de furtis (47, 2.)

Die Widerruflichkeit folgt aber daher, daß in

L. 48. pr. de O. R. D. (41, 1.)

gesagt ist: der bonae fidei possessor werde interim und paene dominus, und daß ihm in

§. 35. J. de R. Divis. (2, 1.)
§. 2. J. de officio judicis (4, 17.)
L. 4. §. 2. finium regand. (10, 1.)
L. 40. de A. R. D. (41, 1.)

nur die fructus consumti definitiv zugesprochen werden, indem ihm zugleich die Restitution der existirenden Früchte aufgelegt wird. Jenes an sich stattfindende volle dominium, welches nur nachher auflösbar wird, kann nun gar nicht befremden, so wenig wie überhaupt ein jus temporale und kann auch durch andere recht gute Beispiele für die Ungläubigen plausibel gemacht werden, z. B.

L. 18. §. 20. de R. V. (6, 1.)
L. 2. §. 21. pro emtore (41, 1.)
L. 2. pro herede (41, 5.)

Hiebei macht es denn auch keine Schwierigkeit, daß die vorletzten Gesetze nur von den konsequenten und nicht auch von den verjährten Früchten reden. Denn die Verjährung gilt nur als Art der Consumtion.

L. 1. §. 7. L. 2. usufruct. quem ad modum caveat (7, 4.)

Auch macht hier das pleno jure in

L. 28. pr. de usuris (22, 1.)

in Betreff der vorhin behaupteten Widerruflichkeit kein Beden-

ken, weil etwas an sich plenum seyn kann, ohne daß damit die Revokabilität ausgeschlossen ist

L. 29. §. 1. (40, 9.)

weil hier nur von der Frau die Rede ist, welche mit dem Willen des Mannes besaß und nach §. 327 nur das nicht gewinnen kann, was ihr rein geschenkt ward, wohl aber das, was sie titulo onero so erwarb, also auch die durch ihren Kunstfleiß gewonnenen **fructus industriales.** Nur über einen kleinen Nebenpunkt bleibt hier eine kleine Antinomie in den Gesetzen, wogegen man bisher nichts als Künsteleien beibringen konnte. Es werden nämlich in

L. 28. pr. de usuris (22, 1.)

L. 48. §. 5. 6. de furtis (47, 2.)

junge Thiere dem b. f. possessor sofort mit der separatio zugesprochen, aber in

L. 4. §. 19. de usurpat. (41, 2.)

wird gesagt: ihm gehörten die konsumirten Lämmer, während doch von der Wolle vorher gesagt ist, **statim fit emtoris,** wobei denn keine Vernunft einsehen kann, warum man die Wolle anders als das Lamm behandelt.

§. 710.

Ad voc. Deßwegen keine Forderungen.

Dieser Satz steht klar in

L. 7. §. 12. de A. R. D. (41, 4.)
L. 3. C. de R. V. (3, 32.)
L. 5. C. de aedif. privat. (8, 10.)

Dennoch hat ihn jetzt

Sell not. f. cit.

geläugnet, besonders wegen

L. 38. de hered. petit. (3, 3.)

wo aber nur von der hereditatis petitio die Rede ist, welche überall als actio universalis viel Eigenes hat, sodann wegen

L. 6. §. 3. de negot. gest. (3, 5.)

wo aber bloß vom negot. gestor die Rede ist, von dem die

Gesetze keinen **animus donandi** präsumiren, während sie es gerade in Ansehung des **malae f. possessor** thun, und endlich noch wegen

L. 1. C. de inf. expositis (8, 52.)

wornach der Besitzer eines Sklavenbundes, wenn er kein Dieb ist, auch die Unterrichtskosten in Ansatz bringen kann, obgleich diese streng genommen nur **impensae utiles** und keine **necessariae** sind; deßwegen will nun Sell die Regel so stellen: auch der **malae f. possessor** kann Ersatz der **impensarum utilium** fordern, wenn sie **salva substantia** sich nicht trennen lassen. Allein in

L. 5. C. cit.

sind die Worte: **nullam habent repetitionem nisi necessarios** ganz wider diese Idee. Als grammatischer Ausleger kann man also nur eine Ausnahme für den Sklavenbund machen, welcher auch um so leichter ist, da die Römer in Beziehung auf Sklaven eine Menge von Singularitäten annahmen.

§. 711.

Ad voc. Nach ihrer ursprünglichen.

Ueber die ursprüngliche Natur der **actio Publiciana** hat

Michelsen not. p. cit.

seiner Angabe zufolge nach mündlicher Aeußerung von Savigny eine ganz neue Idee aufgestellt, indem er behauptet, das Edikt habe die **actio Publiciana** auf die **conditio usu capiendi** gegründet und daß der **dominus bonitarius** gegen den **Quiritarius** eine **conditio usucapiendi** hatte.

Gaj. II. (4, 1.)

Allein da es auch eine **conditio usucapiendi** gab, wenn Jemand von einem **non domino** etwas erworben hatte.

Gaj. II. (4, 3.)

Da ferner das Edikt allgemein ohne das **dominium bonitarium** zu erwähnen die **conditio usucapiendi** zum Grunde der Klage gemacht hatte

G. IV. (36.) und L. 1. pr. h. t. (6, 2.)

und da die **Publiciana** bei allen Arten der Erwerbtitel zugelassen ward

L. 13. pr. eod.

so läßt sich durchaus nicht mehr behaupten, als daß auch der **dominus bonitarius** die **actio Publiciana** hatte. Durch die falsche Grundidee verführt und dabei ganz konsequent ist nun sogar

Henschel **not. p. cit.**

zu der ungeheuren Idee gekommen, daß die ganze **actio Publiciana** jetzt wegfalle, weil Justinian in

L. un. C. de nudo jure Quiritum (7, 25.)

jedes **dominium bonitarium** in ein **Quiritarium** verwandelt habe. Eine Behauptung, deren Falschheit sich von selbst schon daraus ergiebt, daß Justinian nach Erlassung jener Constitution doch noch die Theorie der **actio Publiciana** in den Pandekten publicirt hatte, durch welche Rechnung von hinten sich dann wieder klar zeigen läßt, daß die Grundidee von Michelsen durchaus nicht bestehen kann. Gegen ihn haben sich nun auch lebhaft erklärt

Kritz und Meyer **not. p. cit.**

der Letzte in einer selbst von Savigny mit besorgten Zeitschrift, ohne daß Savigny eine Gegenerinnerung gemacht.

§. 713.

Ad voc. Ausgenommen die Fälle.

Gewiß ist es, daß das Edikt die **actio Publiciana** demjenigen versprach, dem die Sache **ex justa causa tradita** sey, dem also **conditio usucapiendi** zustehe.

L. 1. pr. h. t. (6, 2.)

Da indeß in einigen Fällen das Eigenthum ohne Tradition erworben wird, z. B. bei Legaten und Fideikommissen — §. 736 **not. c.** — so müßte unter den Auslegern die Frage entstehen: ob die **Publiciana** ausnahmsweise dann ohne **traditio** statt finde, wenn die letzte in dem gegebenen Fall zur Eigenthumsübertragung nicht würde gehört haben. Dieß war

nun auch der Fall, und die Meinung der Klassiker, welche juristisch konsequent die Frage bejahten, steht auch als Gesetz in **L. 11. §. 2. L. 12. §. 1. L. 15. eodem.** Daher ist es ganz verkehrt, wenn Viele wegen der ursprünglichen Fassung des Edikts jene Frage verneinen, ohne die Fortbildung dieser Lehre durch Interpretation zu beachten. Auch

Schweppe 2. Bd. S. 149.

hat dieß wieder gethan, indem er sonderbarer Weise von den **petitionibus principii** ausgeht, es habe eine Civilerwerbung **a non domino** keine Wirkung, und es sey unerhört, daß der, welcher nicht einmal besessen habe, zu einer **actio Publiciana** berechtigt sey.

§. 714.

Ad voc. Wenn zweien nach einander eine Sache.

Um hier alles genau zu entwickeln, muß man folgende Fälle unterscheiden.

1) Der Kläger und der Beklagte haben nach einander von derselben Person die Sache erworben. Dann muß der vorgezogen werden, dem die Sache zuerst tradirt war, denn dieselbe Person darf das durch Willkühr nicht aufheben, was sie früher obligatorisch gethan hatte — §. 78 — und kann also den Besitz rechtlich nicht zweimal hintereinander an verschiedene Personen übertragen. Hat sie also erst eine Sache an **A** veräußert und tradirt und veräußert dann noch nachher dieselbe Sache an **B**, so gilt zwar dieser Vertrag als obligatorisch für den Veräußerer, aber die Tradition zum Nachtheil des ersten Käufers, dem früher die Sache tradirt ward, ist null und nichtig. Hier muß man also sagen: **secundum tantum emit.** Dieß ist der von

Schömann **not. e. cit.**

sehr gut erklärte Sinn der

L. 9. §. 4. h. t. (6, 2.)

und damit stimmen auch alle andere Allegate der not. e. überein.

2) Der Kläger und der Beklagte bekamen nach einander die Sache von verschiedenen Personen, welche insofern als tertii durch ihre Handlungen einander nicht einseitig verpflichten. Dann unterscheide man

A) Einer der Käufer besitzt und der andere klagt gegen ihn. Da hier beide Theile gleichviel für sich haben, so muß man deßwegen für den Besitzer sprechen. Dieß sagen auch

L. 9. §. 4. cit.

L. 14. qui potiores (20, 4.)

Allein in

L. 31. §. 2. de Act. emti (19, 1.)

wird gerade umgekehrt entschieden, es solle derjenige siegen, dem die Sache zuerst tradirt sey. Man hat hier wieder durch Fiktionen Eintracht zu schaffen gesucht. Indeß läßt sich hier nach Regeln der grammatischen Interpretation insofern eine Vereinigung bewirken, als man für den Fall, wenn beide Käufer gegeneinander streiten, die Regel der

L. 31. §. 2. cit.

durch die andern beiden Fragmente restringirt, welche aufs bestimmteste sagen, daß wenn der eine Käufer den andern belangt, wegen der **pars conditio** für den Besitzer gesprochen werden solle.

B) Beide Käufer besitzen nicht, sondern klagen gegen einen Dritten, z. B. als Liquidanten im Konkurse. Alsdann muß man wegen der ganz allgemeinen

L. 31. §. 2. cit.

welche für diesen Fall durch kein anderes Gesetz beschränkt ist, behaupten, daß derjenige vorzuziehen ist, dem die Sache zuerst tradirt ward.

3) Dem Kläger und dem Beklagten wird zugleich dieselbe Sache veräußert. Dann kann eben deßwegen keiner von

Beiden **jura potiora** haben, sondern sie müssen als **condomini** theilen.

4) Es ist ungewiß, ob sie von verschiedenen Personen erworben, oder ob die **traditio** an den einen früher als an den andern geschah.

Für diesen Fall haben wir kein besonderes Gesetz, und dann muß man nach den Regeln des §. 68 behaupten, daß für den Besitzer zu sprechen ist, oder wenn beide Theile gegen den dritten Besitzer klagen, daß das Objekt unter ihnen als **condominis** zu theilen ist.

§. 717.

Ad voc. Weder anstellen 2c.

Das Gesetz **in not. e.** ist über diesen Punkt völlig klar, und die Vorschrift desselben folgt auch einfach daraus, daß ein **condominus** als solcher **pro indiviso** Rechte an der ganzen **res communis** hat — §. 94 — und daß Niemand gegen sich selbst klagen kann. Es läßt sich also hier nur dadurch helfen, daß der **condominus** einstweilen sein **condominium** mit Hinzufügung des **pacti fiduciae**, d. h. Nebenvertrages, daß ihm die Sache zurückveräußert werden solle, wenn das **judicium finium regundorum** geendigt sey, aufgiebt, und sich dann nachher vermöge des **pacti fiduciae** seine Sache wieder zurückveräußern läßt. Ueber die Chikanen, mit denen die unjuristische Billigkeit mancher Juristen jener juristischen Konsequenz der Gesetze auszuweichen suchte, hat

Glück not. e. cit.

das Nöthige gesagt.

§. 721.

Ad voc. „Nunciatio realis.“

Die hier erwähnte **nunciatio realis** ist von **Reinhardt not. cit.** geläugnet, aber bloß weil das Wort in den Gesetzen nicht vorkommt, wobei er aber gar nicht bedacht hat, daß diese

ganze **nunciatio** aus den Prinzipien der Selbstvertheidigung folgt, wornach sich jeder, so weit es nöthig ist, auch durch bloße Privatgewalt in seinem gestörten **possessio** vertheidigen kann.

Ad voc. Die letzte Art ist eben so erlaubt, wie die erste.

Eine eigene Idee über die **operis novi nunciatio** hat jetzt

Wiederhold **not. e. cit.**

vertheidigt. Er meint nämlich, die wörtliche **operis novi nunciatio** im Angesicht des Werkes gelte nur, wenn sie gerichtlich geschehe. Allein nach

L. 1. §. 2. L. 19. h. t. (39, 1.)

konnte man, wie

Hasse **not. e. cit.**

gezeigt hat, zwischen der **nunciatio privata** und der **judicialis** auf vorgängige Erlaubniß des Prätors wählen, doch verschwanden mit der letzten die Befugnisse zur ersten und deren Wirkungen, wenn der Prätor die Erlaubniß der **nunciatio** verweigerte oder die von ihm ausgegangene Gestattung zurücknahm, welches Letzte denn als ein Beweis gilt.

§. 728.

Ad voc. In den ersten 15 Fuß von der Erde.

Die Worte des Edikts: **pedes quindecim a terra altius caereas**, haben hier gewiß den im Comp. angegebenen Sinn, doch hat Hugo stets behauptet, die Aeste der ersten 15 Fuß von der Erde dürften stehen bleiben, und nur das, was darüber sey, müsse bekappt werden. Schon die analogische Anwendung des Edikts auf durchschießende Wurzeln in

L. 1. C. de interd. (8, 1.)

entkräftet diese nebenbei auch unästhetische Idee, so wie die neue Idee von

Kirsten und Lang **not. k. cit.**

daß das Edikt nur sage: der Nachbar müsse seine Gränzbäume

15 Fuß von der Erde ganz abhauen, gegen welche Idee auch die Worte: **impendit und superexcurrit** in

L. 1. §. 2. J. h. t. (43, 27.)

ganz entscheidend sind. Ein gegen ein Gebäude überragender und durch den Wind übergebogener Baum, welcher als solcher ängstlich wird, muß freilich abgehauen werden.

L. 1. §. 2. L. 2. eodem.

Eine ganz eigene Idee hat jetzt in Betreff dieser Sache

Guyet im Archiv für civil. Prax. 17. Bd. 1. Heft S. 31—41.

Er giebt nämlich zu, daß das Edikt nur auf die in den ersten 15 Fuß von der Erde überhängenden Aesten gehe, da indeß die Luftsäule **in infinitum** dem Herrn des Bodens gehöre, da ein **imittere** des Nachbars in dieselbe verboten sey, und da nach

L. 6. §. 2. arbori furtim caesar. (47, 2.)

durchschießende Wurzeln schlechthin abgehauen werden müßten, so will er, daß man

L. un. §. 7. h. t. (43, 27.)

so verstehe: dem Nachbar ist, wenn der Herr des Baums dem Urtheil auf Bekappung des Ueberhangs nicht folgt, das eigene Abhauen des Ueberhanges der ersten 15 Fuß von der Erde erlaubt, aber diese Selbsthülfe geht nicht auf das, was 15 Fuß von der Erde ist; doch kann darauf geklagt werden, daß der Herr des Baumes das Berkappen selbst vornehme. Allein hätte das Edikt so etwas Zierliches verordnen wollen, so wäre es nicht eben juristisch gewesen, und dann würde das Edikt eine ausdrückliche Distinktion gemacht, nicht aber von einer Klage bloß in Betreff der ersten 15 Fuß von der Erde geredet haben; die durchschießenden Wurzeln kommen hier offenbar gar nicht in Betracht, weil es 15 Fuß unter der Erde gar keine solche giebt. Auch beweist hier die strenge Natur des Eigenthums nichts gegen gesetzliche Limitationen, welche sich auch leicht begreifen lassen, wenn man die richtige Idee annimmt. Bei bloßen leeren Ackerstücken haben es nämlich die Römer mit Rücksicht auf die gutmüthige affektlose Bäuerlichkeit nie so genau genommen, als bei Gebäuden, wobei der oft krankhafte

Gusto des Thäters eine große Rolle spielt. Beispiele geben die actio aquae pluviae arcendi — §. 735. — und die kleinen Abweichungen gegen den strengen Begriff bei der servitus itineris actus und viae. — §. 754.

Ad voc. Je um den andern Tag.

Bei Gelegenheit des interdicti de glande legenda ist von den ältern Juristen oft behauptet, das Recht der Fruchtlese auf fremdem Boden daure nur 3 Tage, nachher aber bekomme der Eigenthümer des Bodens die Früchte als res derelictas. Allein man übersetzt hier offenbar die gesetzlichen Worte: tertio quoque die in

L. un. pr. de glande legenda (43, 28.)

ganz falsch, indem man nämlich das quoque als Adverbium behandelt, da man es vielmehr als den Ablativ von quisque nehmen sollte. Nach der falschen Theorie hatte der Prätor gesagt: auch noch am dritten Tage kann man auffammeln, woraus denn folgte, daß ein Zweifel darüber gewesen seyn mußte, ob man nicht schon etwas früher auch sammeln dürfe. Allein von dem Daseyn einer solchen an sich wunderlichen Controverse wissen wir nichts, auch war es ja nie Styl des prätorischen Ediktes, verschwiegen un dubia durch einen Seitenstoß zu beseitigen, indem das Edikt immer kurze kategorische Regeln aufstellt. Der Sinn ist also gewiß dieser. Man kann ja um den dritten Tag den Eingang auf das fremde Grundstück zur Fruchtlese verlangen, und dafür streitet denn auch die Billigkeit, weil es dem Nachbar unerträglich seyn mußte, wenn der Herr des übergefallenen Obstes jede Minute kommen konnte.

Uebrigens haben bisher fast alle Juristen angenommen, bei dem tertio quoque die sey nur ein Ruhetag in der Mitte anzunehmen, besonders wegen

L. 1. §. 22. de aqua quotid. (43, 20.)

Allein es hat doch viel für sich, wenn manche Andere, deren Idee jetzt gut von

Guyet im Archiv für civil. Praxis 17. Band 1. Heft S. 64 — 76.

vertheidigt ist, 2 Ruhetage in der Mitte zu nehmen. Denn in Betreff des Schalttages hat der Julianische Kalender drei Nicht-Schaltjahre, und doch sagen die Römer: der Schalttag werde quarto quovis anno eingeschaltet.

Suetonius Cäsar 40.

Ebenso gab es bei dem lustro 4. in der Mitte liegend freie Jahre, und doch sagen die Römer: er finde quinto quoque anno statt,

Brisonius de verb. significat. sub voce Lustrum.

In

L. 1. §. 22. cit.

kann man auch leicht Ulpians Worte: id est alterius diebus, oder vielleicht noch besser mit der Vulgata: idem si alternis diebus — nicht als eine Art der Wiederholung des Vorhergehenden tertio quoque die nehmen, sondern nur als unbestimmtes Beispiel, um den Satz des Edikts zu begründen, daß nach den Worten desselben das Abgesetzte so gut sey, wie das Ununterbrochene. Einige Zweifel, welche hier nach

Schulz Staatswissenschaft der Römer S. 14 — 16.

aufgeworfen werden könnten, lassen sich leicht beseitigen, wenn man darauf sieht, daß die Außerungen in

Suetonius Octavian 31.

Plinius historia naturalis XVII.

worauf sich Schulz beruft, gar nicht auf den quarto quovis anno einzuschaltenden Tag bezogen sind.

§. 729.

Ad voc. Noch jetzt so weit stattfindende.

Es giebt mehrere Juristen, welche mit Thomasius not. r. cit. behaupten, die actio de tigno juncto könne jetzt nicht mehr in duplum, sondern nur in simplum angestellt werden, und zwar deßwegen, weil unsere Praxis alle Rechte poenas privatas habe fallen lassen. Das Letzte ist nun freilich nach §. 68 wahr, aber doch muß man den Hauptsatz von Tho-

masius läugnen. Nach allen zum Comp. cit. Gesetzen kann nämlich, obgleich

Cujac. obs. Lib. 23. cap. 19.

anderer Meinung war, die actio de tigno juncto nicht bloß gegen den malae fidei, sondern auch gegen den bonae fidei possessor auf das Doppelte angestellt werden. Also kann hier bei dem duplo, worauf die 12 Tafeln die actio de tigno juncto gestatteten, nicht an eine poena gedacht seyn, sondern der Grund jenes dupli war wahrscheinlich folgender: die 12 Tafeln, welche im Ganzen die höchste Ehrerbietung für das strenge mathematische Recht hatten, sahen sich doch ganz gezwungen, aus dem polizeilichen Grunde re urbis ruinis deformetur die Vindicatio des eingebauten Materials zu verwerfen, obgleich nach strengen Prinzipien der Accessio der Herr des Materials durch die actio ad exhibendum auf Auslösung hätte klagen und dann das Material hätte vindiciren können. Jede polizeiliche Vorschrift war also im Grunde contra strictum jus, und so ward denn dem Herrn des Materials, um ihn wegen der Rechtsverletzung zu trösten, die actio de tigno juncto gegen den Herrn des Gebäudes absolut, auch wenn er ex bona fide war, gestattet, welches Alles denn auch zu unserer Nationalität paßt.

Ad voc. Wenn er das Doppelte bezahlt hat.

Mehrere haben über diesen Punkt die Vorschriften in §. 297 de ver. divis. (2, 1.) und

L. 2. de tigno juncto (47, 3.)

schwierig gefunden, obgleich sich beide Gesetze leicht vereinigen lassen. Nach der Regel, daß mehrere actiones rei persecutoriae nicht von dem Sieger mehrmals nacheinander angestellt werden können — §. 69 — muß man nämlich im Ganzen sagen, daß der, welcher mit der actio de tigno juncto das duplum erhielt, nachher nicht auch noch dazu das getrennte Material vindiciren kann, dieß sagen denn die Institutionen recht gut. Allein da der Dieb als solcher nach §. 624 auf allen Fall das duplum als poena erlegen und noch dazu die

Sache herausgeben muß, so ist auch für den Dieb eine Ausnahme zu machen, und dieses steht denn auch in

L. 2. cit.

Da übrigens der Eigenthümer des eingebauten Materials dessen Eigenthümer bleibt, jedoch vor der Trennung des Materials keine vindicatio desselben hat, und sich daher mit der actio de tigno juncto begnügen muß,

Diktat zu §. 211.

so hat

Klüpfel not. u. cit.

behauptet: falls der Einbauende insolvent werde, so habe der Herr des Materials im Concurse des Insolventen eine Separationsklage, welche aus der Concursmasse vor allen Gläubigern zu befriedigen sey. Allein es ist dieß ein tendimus in vetitum. Denn während des Einbauens soll ja gerade der Herr des Materials keine vindicatio, sondern nur die persönliche actio de tigno juncto in duplum haben. Hat er also diese actio in personam nur vor der Insolvenz des Erbauenden, so kann er sie nach der Insolvenz auch nur gegen den Concursgläubiger haben, und insofern bescheiden als nudo chirographarius in der dritten Klasse liquidiren.

§. 730.

Ad voc. Welche aber gewiß irren.

Die Meinung, welche das Comp. hier verwirft, ist mit Recht schon von einigen Glossatoren

ad leg. 3. C. de cond. ob. caus. dat. (4, 6.)

bestritten worden. Denn die l. 3. cit. sagt ausdrücklich, daß wenn ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot übertreten sey, deßwegen nur eine conditio stattfinde, und eben daraus folgt nach

§. 14. 15. J. de act. (4, 6.)

daß der verletzte Theil keine actio in rem gegen Dritte hat. Die Hauptgründe der Gegner sind diese.

1) Es werde oft in den Gesetzen gesagt, daß ein pactum de non alienando gehalten werden müsse. Allein aus

der Regel **pacta tenent inter contrahentes** folgt ja noch nicht eine **actio in rem** gegen dritte Besitzer, welche an dem **pacto** keinen Theil haben.

2) Eben so verkehrt berufen sich die Gegner auf

L. 5. C. si mancipium (4, 57.)

denn hier ist von einem illegal emancipirten Sklaven die Rede, welcher als solcher gar kein **tertius possessor** ist.

3) Eben so verwerflich ist, wenn sich die Gegner auf das Wort **vindicatio** in

L. 7. C. de revocand. donat. (8, 56.)

berufen, denn das Gesetz spricht an sich gar nicht von einem **pacto de non alienando**, sondern von der **revocatio donationis ob ingratitudinem**, gestattet aber auch nicht einmal in Ansehung dieser eine **actio in rem** gegen Dritte, sondern ertheilt nur **ad vindicandam injuriam** eine sogenannte **actio vindictam spirans** — §. 70 — welche als solche immer nur eine Personalklage gegen den ist, welcher sich unnütz aufgeführt hat.

Ad voc. Der Fall von anderer Art.

Es lassen sich in Beziehung auf diese andern Fälle folgende zwei denken.

1) Wenn bei der Veräußerung einer Sache nur **tacite** oder **implicite** bedungen ist, der Empfänger solle die Sache nicht weggeben, z. B. wenn Jemand eine Sache **sub pacto de retrovendendo** oder **addictionis in diem** — §. 616, 617 — veräußert. Dann gilt natürlich ganz dasselbe, was im vorigen Diktat gesagt war, weil das **tacitum** im Zweifel mit dem **expressum** gleiche Wirkungen hat.

2) Wenn der, welcher an sich Eigenthümer einer Sache ist, und dieselbe also nicht von einem Andern unter der Bedingung der Nichtveräußerung erwarb, nun dennoch dem Andern verspricht, die Sache nicht veräußern zu wollen. Diesen Vertrag erklärt

L. 61. de pactis (2, 14.)

im Ganzen für nichtig, aber wahrscheinlich deßwegen, weil der Acceptant in der Regel dabei kein besonderes vernünftiges Interesse hat, und weil die Römer überhaupt keine Klage gestatten, wo es an einem vernünftigen Interesse fehlt. Man muß dieß voraussetzen, weil in

L. 7. §. 2. de distract. pignorum (20, 5.)

ein Fall vorkommt, wo der Paciscent bei Erfüllung des **pacti de non alienando** ein vernünftiges Interesse hatte, und wo nun auch das Gesetz unbedenklich eine **actio ad implendum** giebt. Die Unbestimmtheit jener Gesetze hat indeß unter den Auslegern manches Schwanken hervorgebracht, wie man aus den Schriften in not. n. sehen kann.

§. 732.

Ad voc. Nur der Besitzer in gutem Glauben.

Da der Besitzer in gutem Glauben sonst interimistisch gleichsam als **dominus** gilt, die Früchte **interim** gewinnt, die **actio publiciana** hat ꝛc., so ist der Satz, daß der **b. f. possessor** die **cautio de damno infecto** nicht fordern kann, höchst auffallend und daher von

Faber und Westphal not. z. cit.

geläugnet, indem diese behaupten, nach der historischen Anführung in

L. 13. §. 9. h. t. (39, 2.)

sey zwar Marcellus anderer Meinung gewesen, allein in **L. 11. eod.** behaupte Ulpian das Gegentheil, und dieß müsse vorgehen. Allein da man diese Theorie nur dann begründen kann, wenn man mit

Faber **L. 11. cit.**

die Worte: **id est creditori per stipulationem** ausstreicht, und da doch alle diese Manuskripte diese Lesart haben, so muß man sich gegen Fabers Willkühr erklären. Bei seiner Idee bleibt auch noch das Bedenken, wie denn Marcellus dem **b. f. possessor** die Cautionsforderung absprechen konnte? Vielleicht ging hier Marcellus von einer Idee aus, welche

sich eloviren läßt, insofern er gar kein festes Recht hat und in jedem Augenblick willkührlich vertrieben werden kann, darf die Caution nicht fordern. In dieser prekären Lage ist aber im Grunde auch der **b. f. possessor**, weil ihn der wahre Eigenthümer in jeder Minute wieder vertreiben kann.

§. 736.

Ad voc. Modus acquirendi.

In der ganzen Periode von dem philosophischen Wolf bis auf Höpfner, wo man gar zu gern das halbverstandene römische Recht philosophisch konstruirte, hat man gewöhnlich gesagt: zu einem wirklichen Dinge gehöre stets zweierlei, nämlich ein Grund der Möglichkeit und ein Grund der Wirklichkeit, also auch zum Erwerb des Eigenthums ein Grund der Möglichkeit, welcher **titulus acquirendi** heiße, und ein Grund der Wirklichkeit, den die Römer **modus acquirendi** nannten, wie z. B. nach §. 738 — der bloße Verkauf noch nicht die Eigenthumsübertragung vollende, sondern hiezu auch noch die physische **traditio** nöthig sey, wo denn also der Verkauf den **titulus**, und die **traditio** den **modus acquirendi** ausmache. Allein es sind dieß zum Theil widernatürliche figmenta, und das römische Recht bestätigt dergleichen keineswegs im Allgemeinen und auch nicht in Ansehung der Terminologie. Die Römer nennen nämlich den Inbegriff der faktischen Bedingungen, wodurch das Eigenthum erworben wird, **modus, quo acquirimus, modus acquisitionis, genus acquisitionis**, ohne dabei **titulus** und **modus** zu unterscheiden, welches Letzte auch gar nicht materiell absolut geschehen könnte. Denn wenn auch zur Vollendung der Eigenthumsübertragung durch Verträge nach dem Obigen zwei successive Fakta gehören, so giebt es auch Erwerbarten, welche nur durch ein einziges Faktum vollendet werden, wie z. B. **accupatio** einer **res nullius** und **specificatio**. Der Ausdruck **modus acquirendi** kommt gar nicht vor. Der Ausdruck **titulus** bezeichnet bei den Römern gewöhnlich Alles, wodurch irgend ein Recht ertheilt oder er-

worben werden soll, also das Eigenthum, der Besitz, ein Pfandrecht ꝛc. Ist dieß nun von der Art, daß es rechtlich zum Erwerb genügt, so heißt es justus oder verus titulus, bezeichnet also auch, wie der sogenannte modus acquirendi, alle Fakta, wodurch der Erwerb des Eigenthums vollendet wird, während es auch auf andere Rechte geht, wie z. B. auf das Pfandrecht oder auf solche Zustände, welche nur den Erwerb des Eigenthums vorbereiten. Hugo hat diese richtige Ansicht stets vertheidigt, und zuletzt noch wieder in dem not. e. cit. Archiv auch einen ganz individuellen Fleiß auf das Wort titulus gewandt.

Lorenz de titulo specimen, Lipsiae 1829.

Auch hat noch wieder für die richtige Ansicht sich erklärt

Fritz Erläuterungen 2. Heft S. 249—254.

§. 738.

Ad voc. Nach der gemeinen aber falschen Meinung.

Daß die civitates, Kirchen und milden Stiftungen das im Comp. erwähnte Vorrecht haben, ward schon von der Glosse angenommen, und zwar bloß wegen

L. 23. C. de sancto sanctis ecclesiis (1, 2.)

wo Justinian, nachdem er vorher nicht bloß von Vermächtnissen, sondern auch von Geschäften unter Lebenden geredet hatte, sagt: er wolle in his omnibus casibus den Kirchen ꝛc. nicht bloß actiones personales geben, sondern auch in rem et hypothecariam actionem. Allein erwägt man, daß er hinzusetzt, sie sollen jene Klage haben nach Maßgabe der

L. 1. C. communia de legatis (6, 43.)

und daß privilegia möglichst zu beschränken sind, so hat es theoretisch viel für sich, wenn man mit Manchen behauptet, daß die

L. 23. §. 1. C. cit.

in Rücksicht des Eigenthumerwerbes und der Hypothek bloß auf den Fall eines Vermächtnisses zu beziehen sey, wo schon früher die

L. 1. cit.

verordnet hatte, daß die Eigenthumsübertragung ohne traditio und daß auch eine Legalhypothek statt finden solle. Zuletzt hat sich für diese Idee auch wieder erklärt

Schweppe 2. Bd. S. 79.

Ad voc. Percipiren der Früchte.

In unsern ältern Compendien pflegte man die modus acquirendi, je nachdem sie aus dem Naturrecht oder dem rein positiven Recht entstehen, in modus acquirendi naturales und civiles einzutheilen, zu den letzten zählte man besonders den Erwerb durch Erkaufung und Verführung, als modus acquirendi naturalis, diese vier: occupatio, accessio, traditio und fructuum perceptio. Gegen die drei ersten Arten war nichts zu erinnern, aber die fructuum perceptio erregte Streit, weil man unter diesem Titel alle Arten der Fruchterwerbungen aufführte, von denen Manche mit der perceptio gar nichts zu thun haben, worüber denn

Waldeck Inst. §. 253.

ungeduldig ward und so die ganze fructuum perceptio verwarf. Allein dieß ist wieder übetrieben, weil unter Umständen Früchte bloß durch perceptio im Sinn des §. 181 erworben werden, wo man also auch von fructuum perceptio als einem modus acquirendi reden muß, woraus denn freilich nicht folgt, daß jeder Fruchterwerb den Namen fructuum perceptio führen muß. Um hier nun Alles gehörig zu scheiden, bemerke man bloß dieß.

1) Der wahre Eigenthümer erwirbt die Früchte schon, indem sie pendentes sind, jure accessionis vor aller perceptio von seiner Seite:

§. 38. J. de R. divisione (2, 1.)

und also gehört sein Fruchterwerb in die Lehre von der accessio.

2) Der bonae fidei possessor erwirbt nach Diktat zu §. 709 ein interimistisches Eigenthum schon durch bloße separatio vor der perceptio, und ein definitives erst durch

consumtio. Daher hat ihn das Comp. in §. 747 bei den einseitigen Erwerbern einreihen müssen, wieder, ohne von perceptio zu reden, weil er dadurch nicht gewinnt.

3) Die Personen dagegen, denen der Fruchtgenuß an einer fremden Sache gestattet ist, erwerben nach §. 738 not. o. das Eigenthum der Früchte in der Regel erst dann, wenn sie die Früchte percipirt haben, und da kann man denn allerdings von dem Erwerb durch fructuum perceptio nicht reden. Beim emphyteuta ist indeß nach §. 780 not. f. die Eigenheit, daß er die Früchte schon vor der perceptio gewinnt, sobald sie nur separirt sind.

§. 739.

Ad voc. In den umzäunten Wäldern und in den Seen.

Ueber diesen Satz ist viel gestritten, und Manche läugnen ihn, indem sie behaupten: man dürfe in den Seen und umzäunten Wäldern eines Andern nicht fischen und jagen, weil das darin befindliche Thier ein Eigenthum des Herrn des Sees und Waldes sey, und es sey verkehrt, wenn Manche sich für den Satz des Comp. auf

§. 14. de possess. (41, 2.)

berufen. Denn wenn der Jurist hier behaupte, daß man zwar Thiere in kleinen Gehegen und Fischteichen, nicht aber in Seen und umzäunten Wäldern besitze, so sey dieß unbedeutend, weil ja ausgemacht ein Eigenthum ohne physische possessio bestehen könne. Allein wenn auch das Letzte im Ganzen wahr ist, so paßt es hier doch nicht, weil bei wilden Thieren gerade das Eigene ist, daß man das Eigenthum derselben verliert, sobald man die possessio derselben verlor und nicht nach Willkühr sofort wieder erlangen kann.

§. 147 de R. divis. (2, 1.)

Dieß Alles hat nun auch

Lauterbach not. x. cit.

zugegeben, doch will er eine Ausnahme machen, wenn der

Richter den ingressus verbot. Allein warum sollen richterliche Verbote mehr Wirkung haben, als wenn das Gesetz den ingressus in fundum alienum untersagte? Lauterbach beruft sich zwar auf

L. 7. §. 5. pro emt. (41, 4.)
L. 6. de V. O. (45, 1.)

Allein hier ist gar nicht von der Jagd und vom adquirere, sondern von einem Verbot der alienatio die Rede.

Ad voc. Erbeutete körperliche Dinge.

In den Gesetzen ist bei Gelegenheit der occupatio bellica durchaus nur von körperlichen Dingen die Rede. Eine occupatio bellica bloß persönlicher Rechte läßt sich also nicht vertheidigen, also namentlich auch nicht die occupatio der Personalforderungen eines Feindes, welches sich auch schon deßwegen von selbst versteht, im Fall die Schuldurkunde occupirt seyn sollte, sofern sie nicht au porteur lautet, weil nach §. 530 n. f. der bloße Besitz einer Schuldurkunde noch nicht die legitimatio zum Empfang der Zahlung enthält. Diese Sache ist neuerlich bei einem Objekte von vielen Millionen in Ansehung von Napoleon und Jarome eingetriebenen Forderungen des Churfürsten von Hessen streitig geworden, welche die Franzosen in eine besondere Affektion genommen hatten. Das Beste darüber hat

Pfeiffer not. m. cit.

geschrieben, welcher die Occupatio der Obligationen zum Zweck des Erwerbs des juris in personam mit Recht im Ganzen läugnet, aber doch einen Uebergang auf die legitimen Regiegierungsnachfolger als Wirkung der successio zugiebt. Dieß Letzte kann man nun in Rossi zugeben, aber für Hessen war wieder die delikate publicistische Frage: ob 3, 4 große Mächte quatales den kleinern Churfürsten einseitig durch Aufstellung eines Successor um seine Regierungsrechte bringen konnten, worüber denn freilich von allen Seiten große Zweifel erhoben sind.

Ad voc. Im Augenblick der Occupation.

Ueber diesen Punkt hat jetzt

Schweppe not. n. cit.

eine Unterscheidung gemacht, um die Gesetze in not. n. zu vereinigen. Er stellt nämlich diese Regeln auf: wird dem Feinde etwas abgenommen, so folgt der Erwerb im Augenblick der Wegnahme, dagegen muß bei dem Verlust an den Feind dieser die Beute erst intra praesidia bringen. Allein ohne zwischen dem Römer und dem Feinde zu unterscheiden ist in

Gajus II. 60. §. 17. J. de R. D. (2, 1.)
L. 5. §. 7. de A. R. D. (41, 1.)

absolut gesagt, daß mit dem capere sofort die occupatio vollendet sey, und die übrigen Gesetze in not. n. machen bloß die Ausnahme, daß man den gefangenen Bürger erst dann als einen Sklaven des Feindes betrachte, wenn er von dem Letzten in dessen Lager gebracht sey. Diese Ausnahme begreift sich auch wohl, weil der Verlust der Freiheit das Empfindlichste ist, und weil Gefangene sich leicht noch wieder durchhauen oder durchstehlen, bevor sie in sichern Gewahrsam gebracht sind. Es begreift sich auch ganz leicht, daß die Römer hier für sich, wie für den Feind ganz gleiche Grundsätze annahmen. Denn die Römer waren überwiegend militärisch gestimmt, und ein honoriger Soldat wird einem tüchtigen Feinde gegenüber für sich kein separatum haben mögen, daher man auch oft findet, daß tüchtige Soldaten, welche sich rüstig gegeneinander geschlagen haben, nach der Schlacht friedlich an einem Gastmahle Theil nehmen, als ob sie an sich die besten Freunde wären!

§. 742.

Ad voc. Einfassen in Metall ꝛc.

Diese Regeln des Comp. stehen klar in den Gesetzen der not. d., und sind auch vernünftig, weil da, wo ein Trennen salva substantia möglich ist, durchaus kein Rechtsgrund existirt, warum die einseitige Verbindung ein modus acquirendi werden soll. Man hat zwar dagegen angeführt

L. 19. §. 13—20 de auro (34, 2.)

Allein hier ist ja von Legaten die Rede, wo die bloße destinatio testatoris Alles ausmacht, während bei der accessio Alles auf die unzertrennliche Vereinigung ankommt. In Betreff des Anlöthens haben Manche auch noch Schwierigkeiten gefunden in

L. 27. pr. de A. R. D. (41, 1.)

aber ohne Grund, weil hier nicht von unserm Fall die Rede ist, wenn Jemand eine fremde res accessoria mit si principalis verbindet, sondern wenn er zwei Dinge, welche ihm beide gehörten, durch einen fremden Verbindungsstoff vereinigt, worin denn natürlich beide Theile verbleiben müssen, weil sie ihm schon an sich gehörten.

§. 743.

Ad voc. Erwirbt ihn der Dieb.

Nach der richtigen Meinung ist hier unter dem Diebe auch der zu verstehen, welcher in mala fide die Specification vornahm, weil es überhaupt als furtum gilt, wenn Jemand wissentlich eine fremde Sache veräußert.

L. 14. §. 3. de cond. furt. (13, 1.)
L. 4. §. 20. de usurp. (41, 3.)

Dieß hat sehr gut bewiesen

Sell not. q. cit.

Allein gehört dem Eigenthümer der Materie eo ipso das Eigenthum der neuen species, so daß er sie also vom Specificanten und jedem Dritten vindiciren kann, oder hat er nur eine condictio furtiva auf Eigenthumsübertragung gegen den Dieb? Das erste sucht Sell a. a. O. freilich nicht ohne Aengstlichkeit als das richtigste darzustellen, aber für das letzte ist gewiß alle Rechtsanalogie und das vindicari non possint.

§. 267. De R. D. (2. 1.)

Zwar beruft sich Sell darauf, daß in §. 26 cit. gleich nachher gesagt werde: et quibusque aliis possessoribus. Allein gute Manuskripte lesen auch a quibusdem. Wer nun diese quibusdem sind, sagen leider die Instit. nicht und so bleibt

hier freilich eine Schwierigkeit, welche bisher noch Niemand beseitigen konnte.

Schrader Ed. Inst. ad §. 256. cit.

§. 744.

Ad voc. So weit er bereichert ist.

Dieser Satz ist von Manchen bezweifelt, aber man muß ihn annehmen, wie es auch Sell wieder not. e. cit. gethan hat, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil wir hier kein besonderes Gesetz dawider haben und weil die Römer nach Diktat zu §. 708 überall aus der Berührung mit fremdem Gut Entschädigungspflichten entstehen lassen.

ad voc. Wenn es nicht lediglich aus ꝛc.

Die Einschränkung, welche das Comp. hier macht, läugnen Manche, welche unbedingt behaupten, daß wenn ein Strom seinen Lauf ändere, sich ein neues Flußbett bilde und dann wieder in das alte Flußbett zurücktrete, daß alsdann das neue Flußbett stets unter die Anlieger zu vertheilen sey und nie dem vorigen Eigenthümer wieder zufalle. Allein die

L. 7. §. 5. h. t. (41, 1.)

macht für den Fall eine Ausnahme, wenn sich der Strom blos auf dem Lande eines Einzelnen ein neues Bett bildete, und vergebens hat man

§. 23. I. h. t. (2, 1.)

dawider angeführt. Denn hier steht nur die unbestimmte Regel und die Verfasser der Instit. haben ja überall die feineren Limitationen den Pandekten und dem Codex überlassen. Die Gegner haben gewöhnlich die

L. 7. §. 5. cit.

so genommen, als ob sie sage, der Fall werde nicht leicht vorkommen. Allein da das Gesetz sein **vix est et obtineat** dem **stricto jure** entgegensetzt, so kann der erste auch nicht auf ein bloßes Faktum, sondern nur darauf bezogen werden,

daß sich hier die Billigkeit nicht an das strictum jus binden werde.

Ad voc. Ruhende Flußinseln.

Dieser Satz ist ganz natürlich, sobald man das Prinzip annimmt, daß das Flußbett promodo latitudinis praediorum unter die nächsten Anlieger zu vertheilen ist. Denn eine auf dem Flußgrunde ruhende Insel ist ja nichts als ein Theil des Flußbettes. Dennoch haben Manche große Schwierigkeiten gefunden, indem, was in

L. 65. §. 4. h. t. (41, 1.)

von Labeo erzählt wird. Sieht man indeß aus

L. 65. §. 2. eodem

daß Labeo den herkömmlichen Satz über das Vertheilen der Flußinsel an die Anlieger praktisch gelten ließ, z. B. §. 625. not. x. so ist es gewiß am richtigsten, wenn die

L. 65. §. 4. cit.

so erklärt, daß Labeo gegen eine seichte Deduktion einwandte: das Vertheilen an die Anlieger lasse sich eigentlich nicht konstruiren; denn der Fluß sey **locus publicus**, mithin auch das Flußbett, folglich ebenfalls die Flußinsel und so komme man hier mit der juristischen Konstruktion dahin, daß die Insel für Staatsgut zu erklären sey. Allein das wußte Labeo recht gut, daß man aus Milde den Anliegern das Flußbett und die Insel überließ und in

L. 68. §. 2. cit.

führt er dieß selbst auch als etwas ausgemachtes an.

§. 745.

Ad voc. . . . . .

Man hat bisher fast immer die **confusio** von der **comixtio** so unterschieden, daß man die erste auf Vermischung nasser, die letzte aber auf Vermischung trockener Sachen bezog. Allein sehr gut hat

Buchholz not. m. cit.

mit Rücksicht auf die Gesetze in **not. m.** gezeigt, daß die Aus-

drücke confusio und comixtio Beide, sowohl auf nasse als auf trockne Sachen gehen. Wenn also in

§. 25. I. l. cit. (2, 1.)

gesagt ist, derjenige, welcher durch miscere aus eigenen und fremden Sachen eine species gebildet habe, bekomme dieselbe allein, so braucht man nicht mit Manchen zu sagen, man könne für trockene Sachen, nach Analogie von §. 25. J. cit. annehmen, daß die neue Species dem Specificanten verbleibe, sondern man muß sagen, daß es in §. 25. J. cit. geradezu so verordnet ist und damit kommt man denn von selbst weg, um eine Reihe von Distinktionen, durch welche Höpfner und andere zu helfen suchten.

§. 746.

Ad voc. Occupation.

Dieser Satz hat den Sinn, daß der dritte Finder den Theil des Schatzes, welcher ihm zufällt, bloß als Finder erwirbt, mithin jure occupatum, der Grundeigenthümer aber sein Theil auch jure soli, weil er diesen bekommt, auch wenn er an dem Finden keinen Theil nahm. Man muß sich aber diese accessio nicht wie die gewöhnliche denken, wo bloß ex conjunctione cure principali das Eigenthum ipso jure erworben wird, denn erst durch die Entdeckung und Hebung des Schatzes geschieht der Erwerb desselben.

L. 3. §. 3. de posses. (41, 2)

also ist im Grunde der fundus mehr nur die nächste Veranlassung des Erwerbes.

Sell not. q. cit.

Daher kann man denn auch mit

Lauterbach de thissauro thes. 23.

die wichtigen Sätze ableiten, daß der Verkäufer keine Rescisionsklage ob laesionem enormem hat —, wenn nachher der Käufer den Schatz entdeckt. Dabei ist noch dieß zu bemerken:

1) In den Rechtsquellen ist vielfach nur von Thesaurus die Rede, welche auf einem fundo gehoben werden.

Allein die gesetzliche Definition ist doch allgemein, mithin auch insofern anzuwenden, als der Schatz in einer Mobilie entdeckt wird, welche nicht Theil eines fundi ist.

Sell a. a. O. S. 150—151.

2) Ist der Eigenthümer des Schatzes bekannt, so erhält ihn der Finder nach den Gesetzen nicht.

3) Die Gesetze sprechen dem Grundeigenthümer die Hälfte des von einem Dritten gefundenen Schatzes unbeschränkt zu, also erwirbt er sie geradezu ohne traditio.

Sell S. 177—178.

Ad voc. Seit undenklichen Zeiten.

Gewöhnlich pflegt man bei der Definition des Schatzes diese Worte: seit undenklichen Zeiten, wegzulassen, obgleich

L. 31. §. 1. h. t. (41, 1.)
L. un. C. de thes. (10, 15.)

eine solche vetustas ausdrücklich fordern, wobei denn natürlich auch der Umstand bedeutend werden kann, daß die Sache, worin der Schatz gefunden wird, kein hohes Alter hat.

Sell Versuche 1. Thl. S. 152—169.

Wird daher die Deposition seit undenklichen Zeiten nicht erwiesen, wie es oft aus der vermoderten Natur des Objekts dargethan werden kann, oder ist das Gegentheil von selbst klar, z. B. bei gefundenen Münzen, die noch ganz neu sind, so müssen proclamata an den Eigenthümer erlassen werden. Meldet sich dieser denn zur gesetzlichen Zeit, so sind ihm die Sachen auszuliefern.

L. 67. de R. V. (6, 1.)

Meldet er sich aber nicht vor Ablauf des vom Richter gesetzten Termines, so pflegen die Praktiker dem Finder die Sache als **res derelicta** zuzusprechen. Allein kein Gesetz giebt dem Richter die Macht, die Verfolgung des Eigenthums von Terminen abhängig zu machen. Höchstens kann man hier also, wenn man recht juristisch verfahren will und durch eine Verjährung des Besitzers nachhelfen kann, wenn er in **bona fide** war und

aus verschuldbarem Irrthum die Sache für eine res derelicta hielt.

Sell a. a. O. S. 186—193.

Ad voc. Der ganze Schatz.

Ueber diesen Satz hat man mehrfach gestritten. Einige behaupten nämlich, wenn Jemand in **loco alieno** durch Zauberkünste einen Schatz finde, so konfiscire ihn der Fiskus ganz. Weil dieß aber für den unschuldigen Grundeigenthümer zu hart seyn würde, so behauptet eine zweite Partei, der Schatz müsse zwischen dem Fiskus und dem Grundeigenthümer getheilt werden. Allein da

L. un. C. de thesaur. (10, 15.)

die Strafe der Konfiskation bloß dann vorschreibt, wenn Jemand mit Zauberkünsten auf seinem eignen Boden einen Schatz findet, da ferner nach diesem Gesetz der Grundeigenthümer den Schatz ganz haben soll, wenn ihn ein Dritter durch absichtliches Nachsuchen entdeckte, und da Niemand durch das Delikt eines Dritten leiden darf, also auch nicht dadurch, daß der dritte Nachsucher Zauberkünste anwendete, so muß man vielmehr behaupten, daß in diesem Fall der vom Dritten gefundene Schatz ganz dem Grundeigenthümer verbleibt, als ob er durch absichtliches Nachsuchen ohne Zauberkünste gefunden wäre. Uebrigens läugnet jetzt

Fritz Erläuterungen 2. Heft S. 120.

das Verfallen des Schatzes an den Fiskus, wenn der Eigenthümer auf seinem Boden beim Aufsuchen des Schatzes Zauberkünste gebraucht habe, weil

L. un. C. cit.

blos solche Künste verbiete, aber das Verfallen des Schatzes an den Fiskus nicht drohe. Allein das Letzte folgt daraus, daß das Gesetz dem findenden Grundeigenthümer den Schatz nur dann giebt, wenn er keine Zaubekünste gebrauche, so wie nach der Regel des §. 78 **not. z.**, daß der Fiskus im Zweifel alle **turpiter quaesita** an sich ziehen kann.

§. 747.

Ad voc. Ager dessertus.

Gegen diesen modus acquirendi hat sich jetzt
Schröter not. e. cit.
erklärt, weil das Gesetz in not. e. nur auf kaiserliche Emphyteuse gehe, welche jetzt nicht mehr existirten. Allein man muß offenbar beim Comp. bleiben, weil das Gesetz bestimmt vom dominus redet, und weil der emphyteuta nach §. 775 kein dominus ist. Ausführlich hat jetzt gegen Schröter geschrieben
Guyet im Archiv für civil. Prax. 17. Band 1. Heft S. 52—64.

§. 749.

Ad voc. Dienstbarkeiten.

Die Definition der Dienstbarkeiten oder Servituten, welche das Comp. hier giebt, paßt im Grunde auch auf Emphyteusis, superficies und Pfandrecht. Daher will Löhr not. m. cit. noch als charakteristisches Merkmal der Servituten hinzusetzen, daß sie nicht an Andere abgetreten werden können. Allein die Abtretung kann auch bei Servituten erlaubt seyn, und umgekehrt läßt es sich bei jenen andern drei Sachenrechten recht wohl denken, daß sie nach besonderer Disposition nicht abgetreten werden dürfen. Man kann also wohl nur mit
Buchholz not. m. cit.
bei der Definition des Comp. bleiben, insofern man nebenbei bemerkt, daß Emphyteusis, Pfandrecht und Superficies dem Servituten unter eigenen Namen koordinirt sind. In unserm bunten positiven Rechte muß man es oft so machen, wie z. B. nach §. 621 not. a. das damnum injuria datum nicht auf Schlechtigkeiten geht, wegen deren besondere Klagen gestattet sind. Jetzt hat nun
Büchel civilrechtl. Erörterungen 3. Stück. Marburg 1834. S. 6—14. 16—55.
die alte Definition dadurch zu retten gesucht, daß er das Recht

des Pfandgläubigers nicht als abgesonderten Theil des Eigenthums, und den Emphyteuta und Superficiar als Ausüber fremden Eigenthums behandelt, wogegen erst bei §. 775 das Nöthige gesagt werden kann.

§. 750.

Ad voc. Noch auf eine andere Dienstbarkeit erwerben.

Dieser Satz steht bestimmt in den Gesetzen der **not. o.** und begreift sich auch wohl, weil die Römer nie den dinglichen Rechten und ihrer Zersplitterung geneigt waren. Eine Folge des Satzes des **Comp.** ist es auch, daß nach §. 767 **not. p.** der Inhaber einer Servitut nicht einmal mit Zustimmung des Herrn der dienenden Sache auf die Servitut wieder eine Servitut legen kann. Dennoch ist

Schrader **not. e. cit.**

der Meinung, das neuere Recht habe dieß in

L. 9. L. 33. §. 1. de servit. praed. rust. (8, 3.)

dahin gemildert, daß mit Zustimmung des Herrn der dienenden Sache eine **servitus in servitute** gegeben werden kann. Allein da der Abfluß einer Quelle und die Ableitung eines Flusses nicht gerade einen Servituteninhaber voraussetzt, so daß die erste Stelle weit natürlicher auf den alten Rechtssatz zu beziehen, daß das Objekt einer Realservitut an sich wenig dauernd seyn muß. — §. 752 **D.**

Das zweite Fragment redet aber offenbar nicht von einer **servitus in servitute**, sondern von der Erlaubniß, daß ein Anderer mitgebrauchen dürfe, woraus denn aber nach der Regel, **servitus in servitute non datur**, keine Servitut als dingliches Recht gegen Dritte zusteht. Wider Schrader haben sich nun auch erklärt

Wenning 1. Bd. S. 342.

Büchel civilrechtl. Erörterung 3. Stück S. 12—14.

Ad voc. In der Fortdauer, aber nicht in der Errichtung.

In dem ersten Allegat der **not. p.** ist es zugelassen, daß

ein condominus dem andern an der res communis einen Nießbrauch gebe, aber in den übrigen Gesetzen wird der Erwerb einer Realservitut in re communi verworfen, und bloß hinzugesetzt, daß eine bereits existirende Servitut in re aliena dadurch nicht untergehe, wenn der Servitutenhaber an der dienenden Sache ein condominium erwerbe, welches Letzte wohl auf der Idee beruht, daß es viel härter ist, etwas, was man schon hat, zu verlieren, als etwas, was man bisher nicht hatte, nicht zu bekommen, welche Idee wir auch sonst angewendet finden z. B. in §. 29, §. 211 not. d., worauf nun aber jene Regel beruht, wußten bisher wenige zu sagen. Den Grund des Unterschiedes zwischen Personal- und Realservituten setzte

Cujac. opera tom. 5 p. 592.

darin, weil der Nießbrauch theilbar, eine Realservitut aber in der Regel untheilbar ist — §. 750. H. — Diese Idee läßt sich nun aber gut durchführen. Realservituten sind nämlich in der Regel von der Art, daß sie die Substanz der dienenden Sache afficiren, und diese ist immer ungetheiltes Eigenthum der condominorum, so lange die communio dauert, also kann auf diese Substanz, wie auf eine res propria kein dominus eine Servitut erwerben. Allein die bloßen Früchte einer res communis sind ungeachtet der fortdauernden communio der Sache dennoch unter den condominis zu theilen,

L. 15. §. 1. de operis libert. (38, 1.)

und auf diesen Theil der Früchte kann dann der eine condominus dem andern wohl eine Servitut geben, weil sie für den Verleiher ein separatum sind, und insofern für den andern condominus als reine res aliena der Gegenstand einer Servitut werden können.

Ad voc. Etwas positives thue.

Dieser Grundsatz, den man so ausdrückt: servitus in faciendo consistere nequit, ist formell immer anerkannt, aber doch oft größtentheils wegchikanirt, indem Viele sagten: der Herr der dienenden Sache sey zwar an sich zu einem fa-

cere nicht verpflichtet, aber das Gegentheil könne doch durch den Vertrag ausgemacht werden, welches letzte eine baare Unwahrheit ist, weil das römische Recht bestimmt sagt, jeder Grundbesitzer könne wohl für sich ein positives facere versprechen, wie auch jeder seine Dienste vermiethen kann, aber das lasse sich durch Vertrag nicht ausmachen, daß jeder folgende Besitzer der dienenden Sache von dem Servitutinhaber zu einem positiven facere angehalten werden könne, sondern eine Servitut als Reallast kann nur dahin gehen, daß der Herr der dienenden Sache etwas unterlasse, oder Eingriffe des Servituteninhabers in das Eigenthum der dienenden Sache leide. Diejenigen, welche es zugeben, daß die Rechtsregel diesen Sinn habe, pflegen sie aus dem Begriff einer Servitut abzuleiten, indem das Wesen einer Servitut eben darin bestehe, daß der Herr der dienenden Sache etwas zu unterlassen oder zu leiden habe. Allein die römischen Klassiker hätten sich sehr verkehrt benommen, wenn sie auf diese Art verfahren wären. Denn ihre Regel, daß für alle nachfolgenden Besitzer einer Sache keine Pflicht zum positiven facere als onus reale auf die Sache gelegt werden könne, gilt ganz allgemein, auch wo nicht von servitus die Rede ist.

L. ult. §. 1. de contrah. emt. (18, 1.)

und

Büchel civilrechtl. Erörterung 3. Stück S. 4—6.

Hatten die Römer also den Satz **servitus in faciendo consistere nequit**, indem sie ihn ganz absolut annehmen auch wo nicht von servitus die Rede ist, aus dem Begriff einer Servitut abgeleiiet, so wäre dieß eben so verkehrt gewesen, als wenn sie aus dem Begriff des Kaufs abgeleitet hätten, daß man nicht vertauschen und nicht verschenken könne. Also muß man umgekehrt sagen, es gab hier einen allgemeinen Rechtssatz, welcher denn auch nebenbei mit auf die Servituten angewandt ward. Die Sache erklärt sich nun auch ganz einfach so: die Servituten, welche auf ein Nichthandeln des Herrn der dienenden Sache gehen — **negativae** — und die, welche dem Servituteninhaber Eingriffe gestatten, welche der Herr der die-

nenden Sache zu leiden hat — affirmativae — und welche die Römer unbedenklich zulassen, sind im Grunde nichts als Minderungen des Eigenthums des Herrn der dienenden Sache und müssen denn auch den nachfolgenden Besitzer der Sache ebenso einschränken, wie sie errichtet waren, weil nach der Regel der Cessio Niemand mehr abtreten kann als er hat, also auch ein von ihm gemindertes Recht nur in dem geminderten Maaße. Daher sagt auch

L. 5. §. 9. de O. N. N. (39, 1.)

von dem Besteller einer Servitut: **jus suum minuit, alterius auget.** Allein das Versprechen: „jeder Besitzer dieser meiner Sache soll die positiven Fakta leisten," ist das Schaffen einer positiven **obligatio**, und nach §. 463 haben die Römer die weise Regel, daß kein Bürger den andern hinter dessen Rücken einseitig mit Obligationen beladen kann, und so ist denn eine **servitus in faciendo** gegen das Grundprinzip in §. 463. Freilich hat das deutsche Recht vielfach bei seinen Reallasten etwas Eigenes angenommen. Allein diese einheimischen auch wohl despotischen Institute können hier über und gegen das römische Recht an sich nichts entscheiden. Die Noxalklagen, §. 637—638, worin hier

Schrader **not. q. cit.**

obgleich er in der Hauptidee dem Verfasser des **Comp.** folgt, eine Nebenschwierigkeit gefunden hat, sind auch gar nicht gegen das erwähnte Prinzip des §. 463. Denn diese Klagen verfolgen nur **personaliter** den Sünder selbst, wo denn der dritte Besitzer, wenn er sich des Sünders annimmt, wie jeder **defensor** sich eben damit **personaliter** verpflichtet macht, während er für nichts haftet, wenn er den Sklaven oder das Thier herausgiebt.

Zimmern von Noxalklagen S. 92—97.

Ad voc. Vom Eigenthümer bloß reservirten.

Die Gesetze in **not. d.** enthalten diese Bestimmung ganz klar, und der Verfasser des **Comp.** muß, des Widerspruchs von Löhr **l. c.** ungeachtet, bei seiner früheren zuletzt auch von

Schweppe not. d. cit.

gebilligten Erörterung bleiben, welche dahin geht: Absurditäten soll der Richter nicht fordern, wie es schon im Diktat zu §. 9. angeführt ist, aber freilich würde der Richter zu weit gehen, wenn er einer Person etwas nehmen wollte, weil er bemerkt habe, daß es ihr nichts nütze. Wer sich also eine nutzlose Servitut versprechen läßt, der kann sie nicht einklagen. Allein wenn Jemand bei der Veräußerung seiner Sache sich eine Servitut retinirt, so behält er bloß einen Theil seines bisherigen Eigenthums zurück, und dann hat der Richter nicht zu untersuchen, ob sie ihm nützlich oder nutzlos sey. Dadurch ist es bis auf den letzten Buchstaben erklärt, wenn Labeo in

L. 19. de servit. (S, 1.)

das Retiniren nutzloser Servituten erlaubt quia quaedam habere possumus, quamvis ea utilia nobis non sunt.

§. 752.

Ad voc. Bloß als persönliche ertheilen.

Diesen Hauptsatz des Comp., den man im Ganzen bisher stets annahm, hat nun auch

Mühlenbruch not. q. cit.

im Ganzen zugegeben. Allein er sucht dabei aufs neue seine frühere Behauptung zu rechtfertigen. Zwar hat Hugo den Verfasser des Comp. mehrmals in seiner Rechtsgeschichte, und namentlich wieder in der neuen Auflage S. 508. not. 3. etwas absprechend eingewandt, in

L. 27. de donat. (39, 5.)

komme sogar ein Präceptor vor, dem eine habitatio von seinem Schüler verliehen ward, mithin sey hier von Almosen gar nicht die Rede. Allein Präceptoren können recht wohl ganz arme Schelme seyn, wie wir es bei unsern Magistern der Philosophie nur zu oft sehen, und es läßt sich daher auch Etwas ganz in der Nähe liegendes klassisches anführen, nämlich

Gaj. I. 9. 39. und

§. 5. J. quibus ex causis (1, 6.)

Der in L. 27. cit. erwähnte Rhetor scheint auch dahin gehört zu haben, weil ihm sein Zuhörer nicht in der Art schreibt, wie es Hugo für sich verlangen werde, sondern ganz vornehm so: Du hast meinem Vater gut gedient, auch mich gut unterrichtet, und daher dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo. Gegen den Versuch von

Buchholz Nro. 15. die L. 27, 32. cit.

aus der Lex Cinica zu erklären, welche doch mit

L. 35. C. de donat. (8, 54.)

ganz verschwand, ist einfach einzuwenden: daß Justinian von der Lex Cinica ganz und gar nichts wissen wollte, ihre Spuren überall vernichtete und doch die vorhin erwähnten Fragmente als Gesetze in den Pandekten publiziren ließ. Uebrigens hat zuletzt selbst

Makeldey Instit. 10. Aufl. §. 284.

gewagt, sich gegen Hugo und für den Verfasser des Comp. zu erklären.

§. 763.

Ad voc. Daß sie auf die Erben übergeht.

Obgleich in

L. 2. de usufr. et red. (23, 2.)

absolut gesagt ist: ad heredem suum operarum legatum transmittit, so hat nun dennoch

Buchholz not. l. cit.

ohne alle äußere Veranlassung den Satz finden wollen, diese Dienstbarkeit gehe nur in dem obigen Fall auf die Erben, wenn sie legirt sey, und wenn der Erbe vor Antretung der Erbschaft sterbe. Der Grund, warum diese Servitut mit dem Tod ihres Inhabers nicht erlosch, war vermuthlich der, weil hier nicht bei usus und ususfructus dem Servitutenberechtigten seine Fakta erlaubt werden, welche denn freilich mit seinem Tode erlöschen müssen, sondern weil ihm die gesammten Dienste des Sklaven in folle überlassen sind.

Donellus lib. 10. cap. 21.

Eine Eigenheit dieser Servitut ist es auch noch, daß nach **L. 2. cit.** gegen die gewöhnlichen Regeln der Verlust der Servitut eintritt, wenn ein Dritter den Sklaven usukapirt, für welche Eigenheit nirgend ein Grund angegeben ist. Praktisch ist dieß Alles bei uns nur noch insofern, als nach

L. 5. §. 3. usufructuarius quem ad modum caveat (7, 9.)

die **opera animalium** gewiß den **operis servorum** am natürlichsten gleichzusetzen sind, wofür sich auch

Schweppe not. n. cit.

erklärt hat.

§. 765.

Ad voc. Welches selbst bei dem quasi usus-fructus statt findet.

In Betreff des **verus ususfructus** war es bisher allgemein zugegeben, daß dem Nutznießer von dem Proprietas die Caution erlassen werden könne, jedoch hat sich

Schömann not. x. cit.

dagegen erklärt, daher er auch annimmt, die mit Rücksicht auf den Testator im Text des **Comp. ad not. y.** aufgestellte Ausnahme sey keine Ausnahme, sondern nur eine Folge der Regel, daß dem Nutznießer die Caution nicht erlassen werden könne. Allein man muß sich gegen diese Idee erklären, denn das Gesetz **in not. y.** verbietet dem Testator die Erlassung der **satis tatio**, d. h. der Caution durch Bürgen, und nach

L. 5. §. 18. ut in possess. legat. (36, 4.)

wird es gerade als Regel aufgestellt, daß der Proprietar, welcher eine Personalservitut gestatte, die **sadistatio** erlassen könne, das Letzte ist nun auch ganz natürlich. Denn wenn **A** an **B** die Sache verschenken kann, so kann er sie ihm eben deßwegen auch ohne reelle Caution zum Nießbrauch überlassen. Wenn also im Codex gesagt ist, der Testator, welcher den **A** zum Erben einsetzte, ihm aber auflegte eine Sache an **B** zum Nießbrauch zu geben, so könne der Testator dem **B** die Caution nicht erlassen, während doch der Testator das Recht hatte, dem

B die Sache ganz und gar zu schenken, so ist dieß ein offenbarer Mißgriff eines Kaisers, welcher dadurch nicht besser wird, daß man nach Höpfner not. y. cit. zur Erklärung des Gesetzes 7 Conjecturen gewagt hat, welche hier gar Alles ad inferna bringen. Man muß hier also mit vielen der besten Juristen sagen, daß in der Regel dem Nutznießer eine reelle Caution erlassen werden kann, und daß wir nach dem Codex nur für den obigen Fall eine wunderliche Ausnahme haben. In Betreff der quasi ususfructus §. 756 ist dagegen der Satz des Comp. von vielen Juristen geläugnet, und zwar deßwegen, weil in §. 27. 2, 4.

L. 2. §. 1. de usufr. eor. rer. (7, 5.)

gesagt werde, der quasi ususfructus sey durch Zulassung der Caution eingeführt, woraus denn die Gegner folgern, daß nun auch die Caution als Grund des quasi fructus niemals wegfallen dürfe. Manches Wahre ist in dieser Idee, weil der Nutznießer bei dem quasi ususfructus wegen Verzehrbarkeit der Sache nicht so wie beim vero usufructu aus der Natur eines ordnungsmäßigen Gebrauchs zur Zurückgabe verpflichtet wird, sich also besonders dazu verpflichten muß, wenn die Verleihung nicht als eine völlige Schenkung der Sache betrachtet werden soll, wie ja immer eine pure gegebene Sache als ein donatum gilt.

Langenn und Kori Erörterung 1. Bd. S. 1—15.

Allein die im Comp. aufgestellte Behauptung läßt sich leicht mit der Idee des Gegners vereinigen, wenn man nicht Worte stechen will. Die Cautionen sind nämlich verschiedenartig, und zu ihnen gehören auch einfache Versprechen — cautio nude promissaria. — Sobald nur der Usufruktuar verspricht, daß er die verzehrbaren Sachen eodem qualitate et quantitate am Ende des Nießbrauchs restituiren wolle, sobald ist auch Alles geschehen, was zur Begründung eines quasi ususfructus gehört, und es ist dann nicht einzusehen, warum der Verleiher nicht befugt seyn soll, die reelle Caution zu erlassen, da er ja auch beim ähnlichen mutuo dazu befugt ist. Also genügt beim quasi usufructus eine cautio nude promissoria, wenn sich

der Verleiher damit begnügen will, und eine solche cautio liegt ja immer implicite darin, wenn Jemand verzehrbare Dinge so annimmt, daß er erklärt, er wolle sie nur quasi in usufructu haben.

§. 767.

Ad voc. Selbst nicht einmal mit Einwilligung des Inhabers.

Auf den ersten Anblick scheint es keiner Bedenklichkeit unterworfen zu seyn, warum nicht z. B. A an seinem Gute, woran C einen Nießbrauch hat, dem B nicht sollte eine servitus pascendi einräumen können, wenn C dazu einwilligt, der Vernunft wegen vertheidigen dieß auch nicht wenig Juristen, allein

L. 15. §. 7. de usufr. (7, 1.)

ist geradezu dawider. Daher hat man mehrfach versucht, durch kritische Emendationen zu helfen, welche hier aber um so gewagter sind, da das, was in

L. 15. §. 7. cit.

steht, gerade ebenso wieder vorkommt in

L. 17. pr. eod.

und das dann auch noch einmal ebenso in den Basiliken. Daher haben denn manche Vertheidiger der sogenannten vernünftigen Idee damit helfen wollen, daß sie die gesetzlichen Worte, **ne quidem consentiente usufructuario** so übersetzen, als ob geschrieben stände: **si usufructuarius non consentiat**, welches denn kein Philolog zulassen kann. Der ganze Streit beruht aber offenbar auf einer Distraktion, da der Satz des Comp. durchaus nichts ist, als eine Folgerung aus der im ersten Diktat zu §. 750 erwähnten Regel, daß eine **servitus in servitute** nicht konstituirt werden kann.

Ad voc. Eine Quasi-Tradition.

Ueber diesen Punkt ist neuerlich sehr lebhaft gestritten, wie man aus den Schriften in not. x. sehen kann, und in den

nächsten 10 Jahren werden darüber gewiß noch 10 Folianten nachfolgen. So viel ist gewiß, daß bei negativen Servituten keine quasi traditio nöthig ist, weil hier nach Diktat zu §. 221 schon der bloße Vertrag die possessio ertheilt. Ebenso bedarf es bei den Servituten, welche sich der Veräußerer einer Sache an derselben retinirt nach not. t. keiner quasi traditio, weil er hier die Servitut schon an sich im Besitz hat. Auch kann es keinen Zweifel leiden, daß es mit der traditio eines veräußerten herrschenden Gutes auch die demselben adhärirenden Servituten eo ipso auf den Erwerber des Gutes übergehen, worüber

Lindeloff not. u. cit.

gehandelt hat. Allein ist eine quasi traditio nöthig, wenn affirmative Servituten in re aliena bestellt werden sollen? Die Praxis bejahte es stets. Die, welche es läugnen, stützen sich besonders darauf, daß nach

Gajus II. 31. §. 4. J. de servitut. (2, 3.)

Servituten durch pacta und stipulationes erworben werden könnten, wobei denn die Vertheidiger dieser Idee sie noch mit allerlei kleinen Nebengründen ausgeschmückt haben, welche fallen, sobald der Hauptsatz falsch ist. Das Letzte muß man nun aber behaupten. Die Praxis hat nämlich schon die juristische Consequenz für sich, da Servituten nur Theile des Eigenthums sind und da das Eigenthum in der Regel sine traditione nicht erworben wird. Auch ergiebt sich die Nothwendigkeit der quasi traditio für den Erwerb jener Servituten aus den Gesetzen in not. x. Der Hauptgrund der Gegner ist ganz leicht entkräftet. Denn bei Gelegenheit des Eigenthums sagen die Gesetze auch oft, es werde durch Kauf oder Schenkung erworben und doch wird dabei stets subintelligirt, daß zur Vollendung der Veräußerung und zur Schaffung des dinglichen Rechts noch zuletzt die traditio gehöre. Zu Gunsten der Idee der Praxis hat sich auch jetzt wieder erklärt

Fritz Erläuterung 2. Heft. S. 376—381.

Ad voc. Eigene Sache unnütz wird.

Die Praxis hat diesen Satz häufig angenommen und

Leyser not. b. cit.

hat sich dabei nach seiner Weise noch einen tüchtigen Muthwillen erlaubt, indem er zuläßt, daß der Richter sogar ungebeten des bloßen Nutzens wegen zum Vortheil des **A** die Sache des **B** mit einer Servitut belegen kann. Das Compendium, indem es sich nach strengen Rechtsbegriffen gegen die Praxis erklärt, wie es auch neuerlich in wichtigen Fällen unsere Rechtsfakultäten gethan haben, stützt sich auf die Natur des freien Eigenthums und tadelt es mit Recht, daß sich die Praxis bisher auf das Gesetz in **not. a** berief, weil bei dem Fall dieses Gesetzes die heidnische **superstitio** in Betracht kam, wegen deren die Römer auch sonst manche Eigenheit zugelassen haben — z. B. §. 729 **not. x.** — Dagegen hat sich nun

Elvers not. b. cit.

der Praxis ausführlich angenommen, indem er ein hohes Princip ableitet, theils aus der Praxis an sich, als ob diese einen **sancto spiritu suggerente** verführe, theils aus Dingen, welche jedoch in der Hauptsache nichts beweisen, nämlich daraus, daß die Römer auch sonst wohl keine Eigenthumsbeschränkungen haben, ferner daraus, daß man eine fremde Sache nach Diktat zu §. 702 vernichten darf, wenn diese einen positiven Schaden droht, welcher denn offenbar nichts ist, als das Recht einer erlaubten Selbstvertheidigung und endlich daraus, daß es nach §. 767 **not. y. servitutes tacite constitutas** giebt, welche denn offenbar auf einem andern Prinzip beruhen, nämlich auf der **voluntas tacita** dessen, welcher eine Sache veräußerte, woraus denn offenbar für unsere Frage nichts folgt, wo nicht von den Pflichten des Veräußerers die Rede ist, sondern von einer Servitut auf dem Lande eines Andern nicht wegen der **voluntas tacita** dieses Andern, sondern deßwegen, weil der, welcher die Servitut verlangt, dadurch seine eigene Sache in guten Stand setzt.

§. 768.

Ad voc. Durch Nießbrauch.

Mehrere Juristen behaupten mit

Stryk und Cramer not. c. cit.

die Servituten würden durch bloßen Nießbrauch verloren. Zunächst sucht man dieß zu erweisen aus der Analogie der Pachtung und Emphyteusis, welche nach §. 672 780 wirklich durch Nießbrauch verwirkt werden. Allein es sind dieß nur kleine Eigenheiten gegen das Hauptprinzip in §. 672, daß im Fall der Treulosigkeit nicht ad dissolvendum negotium, sondern nur ad implendum et damnum resarciendum geklagt werden kann. Vergebens berufen sich die Gegner auch noch auf

L. 9. §. 5 de damno infecto (39, 2.)

Allein es ist hier bloß von einer ganz eigenen poena contumaciae die Rede, welche nach §. 754 sogar eine Verwirkung des Eigenthums mit sich führt, obgleich sonst das Eigenthum ausgemacht durch abusus nicht verloren geht. Irrig ist es daher auch, wenn Cocceii

Lib. 7. tit. 4. qu. 3.

sagt, der Nutznießer dürfe den Nießbrauch nicht cediren, seine cessio sey also ein Nießbrauch, folglich werde der Nießbrauch durch cessio verwirkt. Man muß vielmehr sagen, die cessio ist nichtig, also bleibt der nicht cedirte Nießbrauch beim Nutznießer. Es scheint nach

L. 66 de jure dot. (23, 3)

unter den Klassikern wenigstens eine Parthei eine andere Ansicht gehabt zu haben, welches Pugge in dem not. d. cit. Museum mit der alten Cessio in jure in Verbindung gebracht hat, worüber denn jetzt wieder Allerlei Subtiles gesagt ist von Daniels in

Roßhirts Zeitschrift 2. Bd. 1. Hft. Nr. VII.

Allein daß nur die cessio nichtig sey, also dadurch der Nießbrauch nicht verwirkt werde, nahm

Gajus II. 30.

an und eben dafür erklärte sich auch

Justinian in §. 3. J. de ususfr. (2, 4.)

womit denn praktisch alle denkbaren Zweifel gehoben sind.

§. 769.

Ad voc. Sind die allgemeinen Interdikte gestattet.

Dieser bisher allgemein angenommene Satz ist von

Savigny not. u. cit.

stets geleugnet und zwar weil das **interdictum uti possidetis** §. 227. den Inhabern affirmative Realservituten nicht gestattet und weil das **interdictum undevi** — §. 228 — bei ihnen nicht denkbar sey, da bei solchen Servituten nach

L. 4. §. 27. de usurpat.

eine **dejectio** nicht vorkommen könne. Allein mit Recht hat man sich von allen Seiten gegen ihn und für die bisherige Praxis erklärt. Denn die Inhaber der Servituten sind nach §. 221 allgemein für **quasi possessores** erklärt und also muß ihnen eben deßwegen der Schutz der **possessorum** zu Theil werden. Der Jurist sagt auch in

L. 20 de servit. (8, 1.)

Die Servituteninhaber hätten **interdicta veluti possessoria**, weil man sie **quasi** als **possessores** behandele. Ohnehin wäre es ganz unbegreiflich, warum der **Praetor** gerade bei den wichtigsten Realservituten nicht allgemein possessorische Interdikte hätte gestatten sollen, da er sie allgemein den Inhabern der viel weniger bedeutenden Personalservituten gestattete, welches letzte selbst Savigny zugibt und so bei seiner Theorie auf eine juristische Inkonsequenz kommt, welche nicht ärger seyn kann und auch durch

L. 20. cit.

ganz entfernt wird, wenn man nicht, wie es Savigny zuletzt gethan hat, in dieses Gesetz hinein finguiren will; es sage bloß, daß der Servituteninhaber in vielen Fällen possessorische Interdikte hatte, mit welcher Fiktion denn freilich Savigny für seine unbegreifliche Ausnahme einen freien Raum behält. Gegen dieß Alles kömmt denn auch

L. 4. §. 27. cit.

ganz und gar nicht in Betracht. Denn sie bezieht sich nur

darauf, daß jura als incorporalia eigentlich nicht beſeſſen werden können. Ebenſo ſpricht

L. 1. §. 8. quod. legat. (43, 3)

von den Perſonalſervituten und doch hat Savigny bei dieſem unbedenklich alle remedia quasi possessoria zugelaſſen. Gegen eine neuerlich von Wiederhold verſuchte Seitenwendung iſt ſchon bei §. 221 das Nöthige geſagt.

§. 771.

Ad voc. Ausgenommen, wenn er im ordentlichen Beſitze ſeyn ſollte.

So viel iſt ausgemacht, daß im Zweifel für den Beſitzer einer Servitut zu ſprechen iſt, wenn ein Anderer ſich gegen ihn bloß die Servitut anmaßt, dann fällt alles auf die Regel: **in pari conditione melior est conditio possidentes** — und daß der, welcher ſich eine Servitut zuſchreibt, die **justa acquisitio** derſelben erweiſen muß, wenn er nicht einmal im Beſitz iſt. Allein geſetzt er iſt **quasi in possessione** der Servitut und klagt nun gegen den Grundeigenthümer **actione confessoria** oder wird von demſelben **actione negatoria** belangt? Die mehrſten Praktiker ſagten bisher, es ſtreite hier zwar für den Servitutenbeſitzer die **praesumtio pro possessore**, aber für den Grundeigenthümer als ſolcher ſtreite die **praesumtio pro libertate praedii** und die letzte ſey die ſtärkſte; alſo müſſe der Servitutenbeſitzer, wenn **in petitorio** geklagt werde, doch ſein **jus** beweiſen. Allein nirgends ſteht, daß die **praesumtio pro libertate** die ſtärkere ſey, vielmehr ſagen die Geſetze in **not. 3**, der Servitutenbeſitzer ſey als ſolcher vom **onere probandi** befreit. Zwar iſt dieß nun bei Gelegenheit der **S. tigni imittendi** geſagt, aber ohne Andeutung auf eine Singularität dieſer Servitut, daher es denn auch Viele mit gutem Grunde für alle Servituten annahmen. Die erſte Parthei hat zwar oft geſagt: dem Beſitzer helfe ja auch bei der R. v. ſein Beſitz nicht, wenn der Kläger ſein Eigenthum gegen ihn darthue und bei einem Servitutenſtreit

habe ja der Grundbesitzer an sich das jus für sich, weil die libertas praediorum stets vermuthet werde. Allein dieß ist gerade ein Fehlschuß, denn wenn bei der R. v. erwiesen ist, daß der Kläger A Eigenthümer sey, so kann es der Beklagte B nicht seyn, keineswegs aber folgt aus der bloßen praesumtio pro libertate, daß ein Anderer keine Servitut haben könne. Auch berufen sich die Gegner vergeblich auf

L. 5 pr. in f. (7, 6)

wo bloß davon die Rede ist, daß Niemand die libertas eines praedii vertheidigen kann, dem dasselbe nicht gehört.

§. 775.

Ad voc. Der erste bleibt Eigenthümer.

In den Gesetzen der not. z. so wie in

L. 2. C. de mani. et colonis (11, 62)

wird bestimmt gesagt, die Emphyteusis solle ein eigener keine alienatio enthaltender Kontrakt seyn, der Emphyteuta sey nicht dominus rei und der Verleiher der Sache bleibe deren dominus. Hienach hat also der emphyteuta nur ein freilich sehr weit umfassendes jus in re aliena. Allein in

L. 4. 12. C. de fund. patrim (11, 61)

wird zweimal bei Gelegenheit der emphyteuta das Wort dominium gebraucht. Dieß veranlaßte denn die Glossatoren zu einer versöhnlichen Distinktion, indem sie sagten: der Verleiher habe ein dominium directum und der Emphyteuta ein dominium utile — Diktat zu §. 698. Allein diese Idee ist schon deßwegen verwerflich, weil Justinian in

L. un. C. de nudo jure quirit. (7, 25)

jedes Billigkeitseigenthum in ein dominium quiritarium oder directum verwandelt hat. Die

L. 4. 12. C. cit.

lassen sich auch leicht anders erklären. Denn sie sprechen bloß von dem Fall, wenn der Emphyteuta hinterher das dominium rei erwirbt, wo er denn natürlich eben so voller Eigenthümer wird, wie es der letzte Miether eines Hauses wird, wenn er

dem Vermiether das Haus abkauft. Diese Erklärung wird nun auch ganz außer Zweifel gesetzt, wenn man

L. 8. C. de fund. patrim N. 61.

liest, wo bestimmt zwischen dominium, Emphytheusis und conductio unterschieden wird. Auch hat nachher Justinian noch wieder in Nov. 7. cap. 1. gesagt, daß die immerwährende Emphytheusis nicht weit von einer alienatio entfernt sey, also im Grunde doch keine alienatio, wie dieß auch das Hauptgesetz dieser Lehre nämlich

L. 1. C. (4, 66)

mit sich bringt. Gegen diese schon früh vom Verf. des Comp. entwickelten Ideen trat nun aber auf

Savigny vom Besitz. 2. Aufl. S. 99 — 109.

indem er noch weiter ging, wie die Glossatoren und die Behauptung aufstellte, der Emphyteuta habe sogar ein dominium directum, weil Justinian jedes dominium lonitarium in ein Quiritarium verwandelt habe. Der Verf. des Comp. in s. civilist. Abhandlungen S. 266 — 284 entwickelte dagegen, daß dieß ein voller Mißgriff sey, weil Justinians const. über Eigenthum ganz und gar nicht eine Institut. treffen könne, welches überhaupt kein Eigenthum sey, als eine personalis erwerben wolle, ebenso ein vicinus seyn müsse, wie nach §. 752. not. q. bei einer servitus realis. Allein es scheint diese Idee ganz widernatürlich zu seyn. Denn den realibus ist die vicinitas nöthig, weil solche Servitutes ewig dauern und um nicht als lächerlich zu erscheinen, in der Regel jedem Herrn der herrschenden Sache nützlich seyn müssen, welches nicht erwartet werden kann, wenn die Güter weit von einander liegen. Allein wozu will man bei einer bloßen servitus personalis die vicinitas verlangen, da sie mit dem Tode des Erwerbers erlischt, im Grunde nur einen Theil des Nießbrauchs enthält und da gewiß usus und ususfructus nicht davon abhängen, daß der Servitutbesitzer auf leichte Art zuwandeln kann? Auch lassen ja die Römer Nutzungsverleihungen in der Eigenschaft einer Personalservitut gelten, welche

nach den Prinzipien der Realservituten als ewig dauernd realis nicht bestehen könnten

L. 6. 27. de servit. P. R. (8, 3)

Indeß läßt es sich nicht läugnen, daß an sich die Worte qui vicinus non est, inutilitur relinquitur in

L. 14. §. 3. de alimentis legatis (34, 1)

für Mühlenbruchs Idee sind. Allein wenn man diese Lesart annimmt, so fehlt in dem Ganzen aller ordentlicher Zusammenhang, daher man, um eine volle Verkehrtheit zu vermeiden, sich nur helfen kann, wenn man mit Cujac. vor inutiliter ein non einschiebt, wie es auch neuerlich wieder von

Glück und Schweppe not. q. cit.

anerkannt ward. Zu den sogenannten kritischen Sünden gegen den heiligen Geist gehört eine solche Besserung nicht, da einem dummen Schreiber auch die drei Buchstaben n. o. n. leicht in der Feder hängen bleiben können, und da die Conjekturalkritik stets nach dem Geist und Zusammenhang zu entscheiden hat. Im Grunde weiß hier auch Mühlenbruch l. c. nur mit einem Simile zu helfen, indem er die vielen Worte von nam est bis zu dem Wort exprimendi als erläuternde Parentheſe behandelt und die 5 letzten Worte des Fragments als ein anexum deſſen, was der langen Parentheſe vorhergeht.

Ad voc. Bloße Annehmlichkeiten gewähren.

Die römischen Juristen haben nichts gegen eine vernünftige Annehmlichkeit und haben daher auch unbedenklich Annehmlichkeitsservituten zugelassen, wie z. B. die servitus ne prospectui und ne luminibus officiatur. Manche meinen indeß, daß eine solche Realservitut wenigstens nach der Strenge nicht bestehen könne und zwar theils wegen

L. 1. §. 11. L. 3. pr. de aqua quodit. (43, 20.)

Allein die ersten Fragmente gehen auf etwas ganz Anderes, nämlich darauf, daß man wegen der alten Formel: servitutem praedio tuo concedo früher angenommen hatte, der Ertrag der Realservitut müsse in das herrschende Gut selbst gewandt werden. Allein da Gott am Ende Alles der Men-

schen wegen geschaffen hat, so ließ man später diese kahle Steifheit fallen. Die

L. 8. cit.

geht aber auf etwas ganz anderes. Die Römer dulden nämlich Rechtsverhältnisse nicht, welche im Ganzen ohne Interessen sind, also auch keine Realservitut, welche von der Art ist, daß sie nicht in der Regel für jeden Herrn der herrschenden Sache ein reelles Interesse hat, wie auch die Gesetze in not. y beweisen, und darauf geht allein

L. 8. cit.

Ad voc. Das Sonderbare ist hier:

In den Gesetzen der not. e. ist diese Sonderbarkeit von Ulpian selbst als eine Sonderbarkeit angeführt, welche nur durch einen Irrthum des Servius in der Praxis eingeführt sey, und welche man doch als **recepta sententia** beibehalten müsse. Manche meinen zwar, es sey hier doch keine Sonderbarkeit, weil der Herr der dienenden Sache bei der **servitus oneris ferendi** nur zur Reparatur der dienenden Mauer verpflichtet sey, wenn man es bei Konstituirung der Sache so verabredet habe. Allein nach Diktat zu §. 750 kann ja gerade das positive **facere** nicht durch Vertrag jedem nachfolgenden Besitzer aufgelegt werden. Auf eine ganz unbegreifliche Art hat

Konopak **not. c. cit.**

geleugnet, daß hier eine Sonderbarkeit statt finde, die Pflicht des Herrn der dienenden Sache zur Reparatur nicht auf ein positives **facere** gehe, weil er nach den Gesetzen während der Reparatur das überliegende Gebäude nicht zu stützen habe. Auf eine eigene Art hat übrigens jetzt

Mühlenbruch **not. c. cit.**

die Sache daher zu erklären gesucht: die Pflicht des Herrn der dienenden Sache sey nur eine Art von Erweiterung der Grundsätze über **cautio de damno infecto** — §. 731. — Allein es bleibt nun einmal unjuristisch, daß hier eine nicht auf einer **Lex** beruhende Reallast eines Vertrages wegen jedem nachfolgenden Besitzer aufgelegt wird. Ulpian konstruirt also

auch nicht die positive Pflicht zur Reparatur, sondern tadelt sie als widersprechend den Grundsatz: **servitus in faciendo consistere nequit** und sagt dafür bloß: **evoluit servii sententia in proposita specie.**

Ad voc. Luminum et ne luminibus officiatur.

Ueber die **servitus ne luminibus officiatur** ist Alles im Klaren, weil diese Servitut es mit sich bringt, daß der Herr der dienenden Sache auf seine Sache dem Nachbarn das Licht oder die Fenster nicht verbauen darf. Allein was ist die **servitus luminum**? Darüber ist bis auf die neueste Zeit, als ob das Wohl der Welt davon abhinge, mit großem Eifer gestritten und so ist auch allerlei zu Tage gekommen, was man nicht luminös nennen kann. Unsere klassischen Grundlagen sind ziemlich dürftig. In

L. 4. de S. P. V. (8. 2.)

unterscheidet Paulus die **S. luminum** und **ne luminibus officiatur.** Jene soll dahin gehen: **ut vicinus lumina nostra excipiat**; diese aber dahin: **ne jus sit vicino altius aedificare atque minuere lumina aedificiorum nostrorum.** In dem westgothischen

Gajus Lib. 2. tit. 1. §. 3.

ist dagegen eine **Servitus ne luminibus officiatur** gar nicht verwehrt, sondern nur eine **servitus lumnorum utita quis fabricet, ut vicinae damni lumen non tollat** und daneben ist dennoch eine **servitus fenestrae** erwähnt, aber ohne Beschreibung. Der ächte Gajus hat hier nichts. Endlich ist im

§. 17. de Servit. (2, 3.)

nur genannt: **Servitus ne altuis tollat quis aedes suos ne luminibus vicini officiatur.** Die Erklärungen nun, welche genannt zu werden verdienen oder der Zeitumstände wegen genannt werden müssen, sind diese:

1) Die gewöhnliche Erklärung war bisher: **lumina** bedeutet sehr oft Fenster

L. 23. 40. de S. P. V. (8, 2.)

und so ist S. Luminum das Recht, wenn Jemand sich von dem Nachbar ausbedingt, daß er in seiner Mauer Fenster anlegen dürfe, wo er sie nach den Baustatuten nur dann anlegen darf, wenn es ihm der Nachbar gestattet. Dieser Begriff läßt sich nach der Beschreibung des Paulus buchstäblich rechtfertigen und auch juristisch wie das folgende Diktat zeigen wird. Der westgotische Gajus ist auch damit vereinbarlich. Denn die juristischen Klassiker haben nicht eine eiserne gleichförmige Terminologie, wie schon die Servitut wegen der Aussicht zeigt, welche nach §. 753. not. l. bald **servitus prospectus** bald **servitus ne prospectus officiatur** genannt wird. Es ist also ganz leicht denkbar, daß Gajus durch sein **luminum** eben das sagen wollte, was Paulus durch sein **ne luminibus officiatur** andeutete und daß Gajus dagegen die Fensterservitut nicht durch den Ausdruck **S. luminum**, sondern **S. fenestrae** bezeichnete, welches er auch nach der gewöhnlichen Sprache recht gut thun konnte.

2) Eine andere Erklärung, welche früher schon einige Glossatoren hatten, vertheidigte

Feuerbach **not. k. cit.**

Sie geht dahin: In heißen Gegenden ist die Sonne oft sehr lästig. Bedingt man sich nun von dem Nachbar, er solle das Sonnenlicht durch sein Gebäude auffangen, — **excipere lumina** — so ist dieß die **S. Luminum.** Bitter hat dieß Dabelow **l. c.** angegriffen, als ob es gegen den Grundsatz sey; **servitus in faciendo consistere nequit.** Allein Feuerbach hat nicht daran gedacht, daß der Nachbar stets den Sonnenschirm vorhalten soll, sondern nur, daß er verpflichtet wird, das schattende Gebäude stehen zu lassen, und dann ist die Servitut so wenig unjuristisch, als die **S. oneris ferendi.** Allein schwer ist es doch mit den Worten auszukommen, da man von dem auf ein Haus zuströmendes Licht,

welches ja auch dem Nachbar mit gehört, nicht wohl sagen kann lumina nostra.

3) Eine ganz eigene Idee hat zuletzt

Griesinger not. k. cit.

vertheidigt. Weil nämlich die Gesetze da und dort auch wohl vom vollständigen und unvollständigen Licht reden, so meint er, die Servitus luminum gehe nur auf das nothdürftige, die ne luminibus officiantur aber auf das vollständige Licht. Allein in den obigen klassischen Belegstellen kommt auch nicht ein Buchstabe vor, welcher darauf hindeutet, daß jene Eintheilung der Servituten mit dem vollen und halben Lichte in Verbindung gestanden habe.

Ad voc. Altius tollendi.

Darüber ist gar kein Zweifel, daß Servitus altius non tollendi den Fall begreift, wo ein Nachbar seinem Nachbar verspricht, sein Recht, höher zu bauen, nicht ausüben zu wollen. Allein was ist die in den Gesetzen auch daneben vorkommende Servitus altius tollondi? Die Glossatoren verstanden darunter das Recht, auf dem Hause des Nachbarn ein Stockwerk errichten zu dürfen. Allein für diesen Fall mußte man nach §. 772 den Ausdruck jus superficiarium gebrauchen. Daher hat

Feuerbach Versuche 1. B. S. 26. folgende

nach einer frühern Idee von Carpzov gemeint: man müsse darunter das Recht verstehen, von dem Nachbarn zu verlangen, daß er z. B. um Winde abzuhalten, sein Haus eine gewisse Höhe erhalten müsse. Allein dieser Begriff ist wieder verwerflich, da nach

§. 2. J. de Act. (4, 6.)

L. 26. de except. rei judicatae. (44, 2.)

unter Servitus altius tollendi nicht eine Pflicht, sondern ein Recht, höher zu bauen, verstanden werden muß. Allein wie läßt sich diese Servitut denken? Da jeder Grundeigenthümer nach strengen Begriffen das Eigenthum so hoch bauen kann

wie er will? In dieser Beziehung suchte nun Hugo immer dadurch zu helfen, daß er sagte, man müsse sich den Fall so denken: A verspricht dem B, daß er nicht höher bauen wolle, aber nachher erbittet er sich vom B die Erlaubniß, höher bauen zu dürfen. Nach dieser Idee würde nun freilich die Eleganz herauskommen, daß auf dem Rücken der **servitus altius non tollendi** die **servitus altius tollendi** als Ritter säße. Allein dagegen sind nun freilich Rechtsprinzipien, denn es würde hier ja nach §. 768 der zweite Vertrag nichts seyn, als eine **restitutio libertatis praedii**, und dann würde auch Hugo noch wieder in Konflikt kommen mit der Regel des §. 570. **not. o. servitus in servitude non datur.** Es bleibt also nichts übrig als die im **Comp.** gebilligte Idee vieler ältern Juristen, welche sich auch recht gut civilistisch erklären läßt. Denn aus **L. 92. §. 1. C. de aedif. priv. (8, 10.)** ergiebt sich klar, daß es bei den Römern gesetzliche Beschränkungen der Baufreiheit zum Vortheil der Nachbaren gab, die durch Verträge mit den Nachbarn modifizirt werden konnten, und daß durch das Letzte eine **servitus** entstehe, sagt

Harmienopolus **Lib. 2. tit. 4. §. 45.**

ausdrücklich. Es ist dieß auch nicht gegen den Grundsatz: **Servitus in servitude non datur.** Denn die Römer nennen die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums nicht **servitutes** und behandeln sie auch nicht als solche. Ein Beispiel geben die Gesetze in §. **735. not. q.** wonach die gesetzliche Beschränkung wegen des Regenwassers durch eine aufgelegte Servitut von Seiten der Interessenten aufgehoben werden kann.

§. 754.

Ad voc. Viae, actus und itineris.

Die Sätze, welche das **Comp.** hier über diese 3 Servituten aufstellt, enthält das römische Recht klar und sie begreifen sich auch leicht, weil sie im Grunde nur das enthalten, was der deutsche Jurist nach seinem Verstande aus den deutschen Worten Fahrrecht, Viehtrift und Fußsteig folgern würde,

verbunden mit dem Umstande, daß es die Leute auf dem Lande in bäuerlicher Freundlichkeit nicht so genau zu nehmen pflegen, also es auch passiren lassen, wenn Jemand einmal über einen Fußsteig reitet oder da mit dem Wagen überfährt, wo er vermöge der ihm gestatteten Viehtrifft täglich 100 Ochsen übertreiben dürfte. Daher es wohl gewiß verkehrt ist, wenn neuerlich Seuffert not. y. cit. die römischen guten Sätze gleichsam als eine schreckhafte Antiquität behandelte. Eine ganz eigene Idee hat nun dabei auch noch

Puchta not. s. cit.

aufgestellt. Es soll nämlich nach seiner Idee die zum Fahren bestimmte via an sich nothwendig auf einen bestimmten abgesonderten Platz der dienenden Sache beschränkt seyn, nicht aber die servitus actus, ausgenommen nach

L. 13. §. 1. de S. R. P. (8, 3.)

wenn sie indefinite durch ein Legat gegeben ward. Allein keines Menschen Vernunft kann einsehen, woher bei Legaten gerade ein Singulare sollte gekommen seyn. Da nun überall die Servituten nach Vernunft und Billigkeit bestimmt wurden, so hat es gewiß Alles für sich, wenn man mit unsern alten Juristen sagt: Via actus und iter unbestimmt gestattet, behalten an sich das ganze praedium serviens. — Abermals einen neuen Erklärungsversuch hat

Kritz not. s. cit.

gewagt. Er behauptet nämlich: die Römer hatten eigentlich nur iter und actus gehabt. Im Letzten sey stets auch das Fahrrecht enthalten gewesen, doch habe der Zusatz via gemacht, daß der Servituteninhaber berechtigt gewesen sey, die gesetzliche Breite von respektive 8 und 16 Fuß zu fordern. Allein man kann Kritz nicht mehr zugeben, daß in den Rechtsquellen auch nur allein iter und actus vorkomme. Daß auf allen Fall im Justinianischen Recht die via als eine dritte eigene Art mit ihren Individualitäten vorkommt, läßt sich schon nach

L. 7. pr. de S. P. R. (8, 3.)

durchaus nicht in Abrede stellen.

§. 756.

Ad voc. Im Zweifel quasi in usufructu.

Wenn man die Gesetze in not. s. vergleicht, so ist es offenbar, daß die Institutionen sagen: ein Kleid sey im Zweifel **quasi in usufructu**, d. h. das empfangene Kleid muß **in genere eodem qualitate** zurückgegeben werden, daß dagegen die Pandekten den Kleidernießbrauch im Zweifel nur als einen **verus** behandeln, wobei die Sache am Ende des Nießbrauchs zurückzugeben ist, und nur die kulpose Verletzung vergütet zu werden braucht. Das letzte ist nun offenbar richtiger. Denn verzehrbar ist eine Sache nur, wenn sie **eo ipso** durch den Gebrauch konsumirt wird. Die Abnutzbarkeit ist etwas ganz anderes und findet bei den mehrsten Dingen statt, an denen die Gesetze unbedenklich eine **usus fructus** zulassen, wie z. B. Thiere, Schiffe, Gebäude und Hausrath, daher auch in

§. 5. J. de locatione (3, 24.)

der **usus vestimentorum** mit dem **usus argenti et jumenti** in eine Linie gestellt ist. Allein über den **usus fructus** der Kleider sind nun einmal die Institutionen klar und wenn Manche gesagt haben, man müsse hier die Pandekten ihrer Vernünftigkeit wegen vorziehen, so bleibt der Einwand, daß auch der irrige kaiserliche Wille in den Gerichten der Vernunft vorgezogen werden muß. Dieß letzte haben nun auch Viele zugegeben, suchten dann aber oft durch eine sogenannte **suevis interpretatio** distinguirend Frieden zu schaffen. Die Glossatoren suchten dadurch zu helfen, daß sie sagten, man müsse die Institutionen auf Alltagskleider und die Pandekten auf Sonntagsröcke beziehen, gerade als ob das Alltagskleid in Dampf aufginge, wie man es anzieht. Aehnliche Ideen hatte

Mühlenbruch Pand. ed. §. 397.

indem er unterschied, ob die Kleider von der Art sind, daß sie vermiethet zu werden pflegen, wie z. B. Theaterkleider und Traueranzüge, oder nicht, aus welchem Umstande aber doch von

Ulpian in L. 1. §. 3. 4. h. t. (7, 1.)

nur abgeleitet wird, daß in jenem Fall das Vermiethen erlaubt sey, wobei aber doch Ulpian allgemein einen verus usus fructus der Kleider annimmt. In

Mühlenbruch ed. 3. tom. 2. p. 145.

ist das Letzte nun auch zugegeben, bloß mit dem contra legem nicht entscheidenden Beisatz, daß hier doch die aequitas für den verus usus fructus der Kleider sey. Um die Eleganz voll zu machen, haben denn Einige auch noch die Institutionen bloß von Wolle verstanden, woraus man erst Kleider zu machen habe.

§. 757.

Ad voc. Auf eine vortheilhafte Art ändern.

Da der Nutznießer an der Form eines Lustgartens nichts ändern darf, so wenig als an der Form eines Gebäudes, so daß er nicht einmal ohne besondere Erlaubniß ein Gebäude zu vollenden befugt ist,

L. 13. §. 4. h. t. (7, 1.)

so haben es Manche nicht begreifen können, wie in

L. 13. §. 5. eod.

für fruchttragende Ländereien eine Ausnahme gemacht werden konnte, sobald die Aenderung der Form den Ertrag erhöhe und zwar mit dem Beisatz: **si quidem ei permittitur, meliorare proprietatem.** Um das Gesetz zu entfernen, hat man sich willkührliche Kritiken erlaubt, während man doch einfach bei den klaren Worten des Gesetzes hätte bleiben sollen, da es gewiß sehr natürlich ist, wenn man dem Nutznießer Alles gestattet, was der Eigenthümer bei der Benutzung wahrscheinlich selbst würde gethan haben. Dieß läßt sich aber in der Regel behaupten bei den zum Gewinne bestimmten leeren Ackerstücken, wo nicht wie bei Lustgärten und Gebäuden Liebhabereien in Betracht kommen, daher auch in

L. 13. §. 4. eod.

dem Nutznießer der **meliorem reddire** allgemein erlaubt wird. Dennoch hat jetzt wieder

Madai not. b. cit.

etwas Neues versucht, indem er meint, meliorare sey mehr als meliorem reddire, wobei er denn zu Allerlei gekommen ist, wegen dessen ihn Cicero gewiß nicht würde gelobt haben. Gegen ihn hat nun auch ausführlich geschrieben

Wartensleben de lege 13. §. 5. de usufructu. Jena 1834.

indem er zugleich die mancherlei Ideen Anderer beurtheilt.

§. 759.

Ad voc. Nicht mit dem Nutznießer oder dessen

Dieser Satz ist vollkommen konsequent, weil auf den Nutznießer durch perceptio auch alle Früchte übergehen, welche im Anfang des Nutznießbrauchs pendentes waren und weil er erst durch perceptio Eigenthümer der Früchte wird. Auch sind die Gesetze in not. n. für das Comp. ganz entscheidend. Dennoch hat

Cujac. not. n. cit.

behauptet, dem Nutznießer gebührten pro rata temporis auch die fructus nondum percepti. Allein

L. 26. de usufr. (7, 1)

worauf sie sich stützt, sagt klar das Gegentheil und

L. 5. §. 4. si usufr. petatur (7, 6)

enthält bloß eine natürliche Einschränkung, nämlich daß der Nutznießer Alles vergüten muß, was er durch seine Mora dem Eigenthümer schadete. Das letzte Allegat, worauf sich Cujac. beruft, nämlich

L. 32. §. 7. de usu legato (23, 2)

spricht augenscheinlich bloß von bürgerlichen Früchten, in Ansehung deren, wie es das Comp. gleich nachher gesagt hat, auch wieder analogisch der Grundsatz angewandt ist, daß dem Nutznießer nur gehört, was sein Substitut während des Nießbrauchs percipirte oder was während desselben fällig ward. Mehr als arg ist es aber, wenn

Ludwig de fructuum attributione in opusc. tom. 2. p. 1223.

wenigstens jetzt der Billigkeit wegen die Früchte pro rata temporis getheilt wissen will, weil man bei uns das Sprüchwort habe: Wer säet, der mähet, mit welcher Art der Elegans man am Ende denn auch die Zulässigkeit eines furti reciproci aus dem Sprüchwort ableiten könnte: So du mir, so ich dir.

§. 762.

Ad voc. Habitatio.

Unter den römischen Juristen war ein großer Streit darüber, was eigentlich die habitatio sey. Justinian entschied in

L. 13. C. (3, 33)

diesen Streit dahin: sie sey eine von usus fructus und usus verschiedene eigene Servitut, worin die Eigenheit bestehe, sagt er hier nicht und macht bloß den Zusatz, daß ihre Ausübung von dem habitans nicht umsonst, sondern nur für Geld einem Andern überlassen werden könne. In den Pandekten finden sich aber Fragmente, welche die Eigenheiten speziell angeben, nämlich daß die habitatio nicht durch capitis deminutio minima oder durch non usus untergehe,

L. 10. de capite minutis (4, 5.)

L. 10. pr. de usu (7, 8.)

und von den Erben des Verleihers widerrufen werden kann, insofern sie auf einer reinen Schenkung beruhe.

L. 27. 32. de donat. (39, 5.)

Erwägt man nun, daß das daraus abgeleitet wird, die habitatio beruhe nur auf der Billigkeit

L. 8. de capitis minutis (4, 5.)

und daß in

L. 8. pr. §. 1. de transact. (2, 15.)

die habitatio gerade als eine Art der Alimente vorkommt; daß ferner bei solchen bloßen Mitleidsinstituten die strengen

Prinzipien des Civilrechts stets gemildert würden, z. B. §. 915. not. m.

§. 941. not. z.

daß die Alimentationspflicht auf pietas gegründet in der Regel mit dem Tode des Verpflichteten aufhört, und daß der, welcher Alimente giebt, nicht gern gestatten wird, daß seine Gabe durch Schenkungen vergeudet werde, so ist hier Alles leicht erklärt, wenn man sagt: das Verleihen der habitatio fand bei den Römern statt, wenn man einem Armen als Almosen ein Quartier gab, und so ward sie nach dem Obigen von der Parthei, der Justinian beitrat, ganz als ein Almoseninstitut betrachtet, worauf denn auch

Savigny 3. Aufl. S. 102—103.

Alles zurücknahm und dem Verfasser des Comp. beitrat, wobei er denn auch bis jetzt mit vielen Andern geblieben ist. Indeß hat doch noch nicht die volle Ruhe entstehen wollen, denn von du Roi not. z. cit. ist das damn. utile des Emphyteuta doch wieder mit einigen angelegten Schrauben vertheidigt, indem man sagen soll: der Emphyteuta hat alle Rechte des dominus außer denen, welche ihm bestimmt abgesprochen sind. Allein da ihm die Gesetze das dominium in genere mehrmals absprechen, und ihm im Ganzen nur ein jus fruendi ertheilen, so kann man durchaus nur sagen, daß er principaliter bloß ein jus in re aliena hat, welches freilich tiefer in das Eigenthum eines Andern eingreift, als die Servituten, aber doch nicht weiter zugelassen werden kann, als die Gesetze dem Emphyteuta bestimmte einzelne Rechte ertheilt haben. Zuletzt hat nun noch Büchel civilrechtl. Erörterungen 3. Stück S. 22—75 eine eigene Wendung genommen, indem er dem Verfasser des Comp. zugiebt, erwiesen zu haben, daß dem Emphyteuta und Superficiar kein dominium, also auch kein dom. utile zustehe, dabei aber doch behauptet, es werde von ihnen fremdes Eigenthum vollständig ausgeübt. Allein eben dieß thun sie gerade nicht. Denn der Verleiher bleibt ja dominus und verliert seine juristische possessio nicht, wenn er auch nichts gegen die Rechte des Emphyteuta und Superficiar thun

darf — Diktat zu §. 221 — beide dürfen auch die Substanz der Sache nicht verderblich angreifen, und sind auch sonst noch mehrfach beschränkt, also ist es offenbar richtiger, wenn ihnen die Gesetze nur ein umfassendes, den Servituten vergleichbares jus in re aliena einräumen, wenn man aus den oben erwähnten Gesetzen sehen kann, und dann auch aus

L. 3. §. 4. de rebus eorum (47, 9.)
L. 71. §. 5. 6. L. 86. §. 4. de legat. I. 30.

§. 777.

Ad voc. Wie der Schatz.

Viele behaupten in Betreff des Schatzes das Gegentheil, weil der Emphyteuta ein dom. utile habe, und weil nach §. 397 de R. D. (2, 1.) dem domino der Schatz zufalle. Allein eben wegen des §. 39 cit. muß man beim Satz des Comp. bleiben, weil nach dem vorigen Diktat kein dominus ist. Gegen das Comp. hat sich indeß wieder erklärt

Schweppe not. f. cit.

weil ja der Emphyteuta mehr Recht habe als der Nutznießer. Allein die Gesetze geben ihm nun doch einmal kein dominium und sprechen es ihm ab, also gehört eine eigene Logik dazu, wenn man mit Schweppe sagen will: er hat ein weit umfassendes jus in re aliena, welches kein dominium ist, also hat er im Zweifel alle Rechte des dominus.

Ad voc. Sofern nämlich kein Schaden für die ꝛc.

Diese Beschränkung hat jetzt Buchholz not. i. cit. für den Fall geläugnet, wenn der Emphyteuta, welcher eine den fundus verderbende Servitut aufgelegt habe, auf der andern Seite nützliche Werke errichte, welche den Schaden aufwiegen. Allein wenn auch nach §. 780 not. y. unter solchen Umständen nicht auf privatio geklagt werden kann, so folgt doch daraus nicht, daß der dominus verderbliche und insofern illegale Verleihungen des Emphyteuta sich muß gefallen lassen.

Die Römer gestatten nach §. 156 Nro. VI. auch sonst wohl, wenn es zur Schlußrechnung kommt, eine Compensation des Schadens und Gewinns, ohne daß sie deßwegen die schädliche Handlung für erlaubt erklären.

§. 778.

Ad voc. Jede vorhabende Veräußerung.

Es giebt Mehrere, welche behaupten, der Emphyteuta brauche bloß einen vorhabenden Verkauf dem domino anzuzeigen, also nicht andere Arten der Veräußerung, und zwar wegen

L. 3. C. h. t. (4, 66.)

Allein dieß Gesetz spricht ja im Anfange ganz allgemein von jeder Veräußerung und erwähnt am Ende nur einen Nebenpunkt, welcher bloß bei der **venditio** in Frage kommen kann, nämlich daß hier der Herr der Emphyteusis auch noch das Verkaufsrecht hat. Alle Vernunft ist auch für den Satz des **Comp.**, denn die Anzeige der vorhabenden Veräußerung an den Herrn soll ja den Zweck haben, daß diese den neuen Emphyteuta prüfe, damit ihm kein Unfähiger aufgedrängt werde und das Letzte kann durch **donatio** und **permutatio** so gut geschehen, wie durch **venditio**. Einen stärkern Beweis giebt auch der Schluß der

L. 3. cit.

Denn Justinian sagt hier: der Herr könne für seine Zustimmung $^1/_5$ des **pretii vel aestimationis loci** verlangen, welches Letzte am natürlichsten auf den Fall zu beziehen ist, wenn die Veräußerung nicht durch **venditio** geschah. Die Gegner berufen sich zwar noch auf

L. 1. C. de secunda patrim. (11, 61.)

Allein hier steht ja nichts, als daß es bei der Veräußerung keiner richterlichen Zustimmung bedürfe, womit denn über das Verhältniß des Emphyteuta zum **dominus** ganz und gar nichts ausgesprochen ist.

Ad voc. Von den Miterben auf ihn übertragenen Theil.

Dieser Satz folgt von selbst daraus, daß bei jeder Veräußerung **inter vivos** ein **laudemium** bezahlt werden muß, und daß bei der Erbtheilung der Theil, welcher einem Miterben aus den Theilen der andern Miterben zugelegt wird, ganz und gar als etwas gilt, was **inter vivos titulo singulari** erworben wird.

L. 20. §. 3. familiae heriscundae (10, 12.)

Manche wollen indessen die Beschränkung des Comp. nicht zulassen, weil die Erbtheilung eine **alienatio necessaria** sey. Allein nirgends existirt ein Gesetz, welches die **alienationes necessarias** von den gewöhnlichen Grundsätzen des **Laudemium** ausnimmt. Manche behaupten nun zwar in

Nov. 112. cap. 1.

habe Justinian vorgeschrieben: die Erbtheilung sey gar keine **alienatio.** Allein etwas der Art steht nicht in der Novelle, sondern Justinian sagt hier bloß, daß das Verbot der **alienatio rei litigiosae** — §. 532. not. l. — der Erbtheilung nicht entgegenstehen solle, daß sie also auch **durante lite** statt finden dürfe, ohne daß aber Justinian dabei sagt, was er auch nach aller Vernunft nicht sagen konnte: die Erbtheilung enthalte gar keine **alienatio.**

Ad voc. Wenn das ganze Objekt.

Dieser Satz des Comp. wird klar bestärkt durch

L. 1. C. h. t. (4, 66.)

wo denn auch zugleich gesagt ist, daß aller andere Schaden auf Rechnung des Emphyteuta gehe. Die bei Zeitpachtungen wegen Beschädigung der Früchte gestatteten Remissionsforderungen — §. 505 — muß man also offenbar dem Emphyteuta absprechen. Dennoch ist

Mühlenbruch **not. k. cit.**

gegen diese Idee, und zwar wegen

L. 15. §. 4. locati (19, 2.)

Freilich würde er Recht haben, aber am Ende doch auch nur für die Pandekten, und nicht nach

L. 1. C. cit.

wenn man sich hier an die Uebersetzung der unzuverlässigen Basiliken zu halten hatte, welche bei der Uebersetzung der §. 15. §. 4. cit. vom ager emphyteuticarius reden. Allein unsere guten Pandekten sagen: in vectigalibus gehe also nicht auf den ager vectigalis, sondern auf Zollpachtungen, welche denn als solche unter den gewöhnlichen Grundsätzen der Pachtungen stehen.

§. 779.

Ad voc. Daß er schriftlich ꝛc.

Das Hauptgesetz von Zeno nämlich

L. 1. C. h. t. (4, 66.)

verlangt zum emphyteutikarischen Kontrakt eine Skriptur. Eben dieß Erforderniß wird auch in

L. 2. 3. C. eod.

erwähnt, nun auch in

Nov. 120. cap. 5. 6.

den Kirchen wieder eingeschärft, daher es auf den Fall verkehrt ist, wenn Manche hier für Kirchen nur eine Singularität annehmen wollen. Die Sache begreift sich auch leicht, wenn man nur erwägt, daß die Emphyteusis in der Regel ein ewig dauerndes Institut ist, und daß solche Institute zu steten Prozessen Veranlassung geben, wenn sie nicht gehörig verbrieft sind, daher auch unsere teutsche Gesetze überall bei Lehen- und Erb-Zinsgütern eine schriftliche Errichtung fordern. Indeß giebt es Manche, welche sagen: die schriftliche Errichtung werde in jenen Gesetzen nur als etwas Gutes erwähnt, und keineswegs als Requisit, welches nicht habe geschehen können, weil die Emphyteusis ein Consensualkontrakt sey. Allein in

§. 3. J. de locat. (3, 25.)

wird sie als besonderes Geschäft erwähnt und in

pr. J. de obligat. quae ex consensu (3, 23.)

gerade nicht zu den Consensualkontrakten gezählt. Eine andere

ältere Idee von Costa hat Marezoll not. t. cit. wieder aufgefrischt, welche dahin geht, die Skriptur sey nöthig, wo bei der Emphyteusis etwas von deren Natur oben Abweichendes verabredet werde, und die

L. 1. C. cit.

gehe also nur auf den einen Punkt, wenn etwas über das Tragen der Unglücksfälle besonders verabredet sey. Allein diese Theorie fällt, wenn man darauf achtet, daß der Anfang der L. 1. C. cit. ganz allgemein ist, und namentlich auf omnes casus — d. h. auf alle Vorfallenheiten bei dem Geschäft geht. Auch begreift sich nicht, warum Zeno nach Marezolls Idee so beschränkt hätte reden sollen, da sich in concreto die speziellen naturalia einer Emphyteusis auch nicht von selbst verstehen, z. B. wenn davon die Frage ist, auf welches Objekt die Emphyteusis gehe, oder wie viel Canon oder Laudemium der emphyteuta zu zahlen habe, worüber eine briefliche Gewißheit eben so wichtig ist, als über andere accidentelle Dinge.

§. 780.

Ad voc. Es sey nun gar nicht — purgatio morae.

Diese Sätze sind in mehrfacher Hinsicht streitig. Viele Praktiker, wenigstens in früheren Zeiten, gingen nämlich von dem Prinzip aus, daß der Canon als Zeichen des Respekts — in recognitionem dominii directi — bezahlt werde, und weil der Schuldner auch schon Respekt beweise, wenn er sich nur zur Abtragung eines Theils seiner Schulden anschicke. Dabei hat denn auch noch Leyser gemeint, wenn der Verleiher der Emphyteusis einen Theil des Canon annehme, so sey damit der emphyteuta ganz geborgen, weil durch jenes Annehmen, wegen des Restes tacite Kredit gegeben werde. Allein diese Ansichten sind irrig. Die Rechtsregel, von der hier kein Gesetz eine Ausnahme gemacht hat, ist nämlich, daß die theilweise Zahlung juristisch als gar keine Zahlung gilt — Diktat zu §. 87. — und der Satz, daß der Canon als Zei-

chen des Respekts gegeben werde, ist eine reine Träumerei, welche man aus dem Lehnrecht in das römische Recht hineingetragen hat. Die erwähnte Idee Leysers ist auch an sich ganz verkehrt, da Niemand sein Recht auf ein Ganzes aufgiebt, wenn er sich vorläufig einen Theil des Ganzen aneignet. Glück 8. Bd. S. 606.

Ueber den ferneren Satz des Comp., daß die mora purgirt werden kann, ist auch auf wunderliche Art gestritten worden. Weil nämlich der Canon in der Regel an bestimmten Tagen zu zahlen ist, so meinen Manche, die mora könne gar nicht purgirt werden. Eine zweite Parthei läugnet dieß wegen

Cap. 4. X. de locato (3, 18.)

wogegen denn die erste Parthei wieder replizirt, daß diese Dekretale nur auf Kirchen gehe, für die manches Eigene gelte. Allein es ist dieß ein Pendant zu dem Nachtwächterstreit über das „und der Glück hat geschlagen." Denn jene Dekretale sagt durchaus nichts weiter, als daß dem Emphyteuta die **purgatio morae post breve tempus** erlaubt seyn solle, und unter diesen Umständen gilt ja nach §. 100 die allgemeine Regel, daß auch dann, wenn ein **dies fixus solutionis** gesetzt ist, ein kleines insofern unschädliches Zaudern nicht beobachtet werden soll.

§. 781.

Ad voc. Zu den gewöhnlich dinglichen Rechten.

In der Lehre vom Pfandrecht ist fast Alles schwierig, und selbst der Begriff desselben im Allgemeinen. Gewöhnlich definirt man es so: es sey ein dingliches **jus in re aliena**, vermöge dessen ein Gläubiger zu seiner Befriedigung die Sache eines Andern verkaufen könne. Allein man muß hier Manches verschränkt stellen, wie es auch das **Comp.** gethan hat, und zwar aus diesen Gründen:

1) Niemand kann mehr cediren, als er selbst hat. Hat nun der Verpfänder ein dingliches Recht, welches er cediren

kann, so bekommt freilich der Pfandgläubiger ein jus in re — §. 63 — hat aber der Verpfänder an einer Sache nur ein jus in personam, so kann auch der Pfandgläubiger nur die persönlichen Rechte des Verpfänders bekommen und andern als solche überlassen. Wenn also z. B. A Miethrechte an dem Hause des B hat, so hat er nur ein jus in personam ohne eine actio in rem — §. 62. 63. — Verpfändet er also seine Miethrechte an C, so kann C diese Miethrechte gleichsam durch Aftermiethe an X überlassen, aber C hat keine actio in rem, weil sie der A selbst nicht hatte. Ebenso wird bei der Verpfändung einer Schuldforderung — nominis — der Pfandgläubiger zu nichts berechtiget, als daß er in der Eigenschaft eines Cessionars die actio in personam des Verpfänders gegen dessen Schuldner anstellt, oder das nomen oppignoratum zum Einklagen andern Personen überläßt.

L. 18. pr. de pignorat. act. (13, 7.)
L. 7. 8. C. de hereditate vel actione (4, 39.)
L. 4. C. quae res pignori (8, 17.)

Dennoch hat hier jetzt wieder allerlei sehr ins Weite gehende Zweifel zu erregen gesucht

Trotschke das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers, Güstrow 1834 S. 75—99.

2) Das Pfandrecht findet nach der Regel: „res propria nemini servit“ im Ganzen nur an rebus alienis statt. Allein da Pfandrechte unter Umständen mehr Sicherheit geben als das Eigenthum, so ist zuweilen durch besondere beneficia sogar in re propria dem Eigenthümer ein Pfandrecht gestattet, welches freilich nur ausnahmsweise vorkommt und erst im Diktat zu §. 800 genauer entwickelt werden kann.

3) Der Pfandgläubiger kann zwar in der Regel nur durch Verkauf der Pfandsache zu seiner Befriedigung kommen. Erreicht er indessen den Zweck der Befriedigung schon durch den bloßen Besitz, und muß die Sache nicht ihrer

Verderblichkeit wegen losgeschlagen werden, so giebt ihm das Pfandrecht nur das Recht der Inhabung. Ein Beispiel giebt die **imissio ex primo decreti** wegen nicht geleisteter **cautio de damno infecti** §. 734 — und die im §. 939 erwähnte **imissio legatorum servandorum causa**

L. 5. pr. cit. in possess. (36, 4.)

L. 27. de rebus auctoritate judicis (42, 5.)

Uebrigens hat jetzt wieder

Büchel civilrechtl. Erörterungen Nro. II.

durch viele Belege gezeigt, daß die Römer gewöhnlich das Verpfänden ein **obligare rem** nennen. Er hat daraus eine Hauptidee abgeleitet, wobei wohl die Subtilität etwas zu weit geht, nämlich daß die Römer die Pfandsache selbst gleichsam als eine **persona obligata** behandelt hätten, wodurch er denn zu manchen neuen Nebenbemerkungen zu kommen sucht.

§. 782.

Ad voc. Ist sie aber beschränkt.

Man hatte früher über diesen Punkt zwei einander schroff entgegenstehende Hauptpartheien, zwischen denen das **Compend.** einen Mittelweg einschlug, indem es behauptete: die anfängliche Beschränkung der Hauptschuld wirke auch auf das Pfandrecht beschränkend, aber nicht die hinterher eingetretene Beschränkung. Allein wenn auch das Letzte absolut wahr ist, so muß doch das Erste noch wieder etwas beschränkt werden, wie es auch die neuste Ausgabe des **Comp.** andeutet. Es verhält sich damit so: das Faustpfand ist ein **contractus realis nominatus** und die Hypothek ein **pactum praetorium.** — Diktate zu §. 466. — Beide sind also an sich klagbare bestätigte Verträge. Daher sagt nun die erste jener Hauptpartheien, daß das Pfandrecht stets klagend geltend gemacht werden könne, auch wenn die Hauptforderung beschränkt, und der Gläubiger deßwegen kein Klagrecht, sondern

nur eine **exceptio** habe, wie dieß bei einer **obligatio mere naturalis** nach §. 9. der Fall sey; dieser Parthei sind auch wieder beigetreten

Franke und Hepp **not. r. cit.**

Die zweite Hauptparthei, an deren Spitze

Weber **not. r. cit.**

steht, sagt dagegen: das **Accessorium** nehme stets die Natur der Prinzipalsache an, also müsse auch hier die Beschränkung der Hauptschuld auf das Pfand übergehen. Nehme man dieß nicht an, so komme man offenbar auf ein **in fraudem legis agere**, welches die Gesetze nach §. 58. durchaus mißbilligten.

Im Ganzen muß man nur der ersten Parthei Recht geben. Denn nach §. 470 verliert ein an sich selbstständiger Vertrag die in ihm selbst liegende Klagbarkeit keineswegs durch **adjectio**, auch sagt

L. 5. pr. de pignorib. (20, 1.)

es kann **pro obligatione naturali** eine Hypothek gegeben werden. Eine Hypothek ohne Klagbarkeit wäre aber nichts, da die Hypothek nach §. 783 den Besitz nicht überträgt. Vergebens stützt sich die zweite Parthei auf das Wort **retentio** in

L. 4. C. de usuris (4, 32.)

Denn daraus, daß hier nach dem vorgelegten Fall dem besitzenden Gläubiger die Retention gestattet wird, folgt offenbar nicht, daß ihm, wenn er nicht besitzt, eine Klage zu verweigern sey, auch kann man hier durchaus nicht mit Weber absolut von einem **in fraudem legis** reden. Denn die Beschränkung vieler Obligationen beruht nicht auf Prohibitivgesetzen und kann durch Willkühr abgewandt werden, z. B. die beschränkte Folge eines **pacti nudi** durch **stipulatio**, und der Eintritt der Verjährung durch Anerkennung des Rechts des Gegners.

Auf allen Fall muß man aber behaupten, daß die Klagbarkeit des Pfandrechts fortdauert, wenn die anfangs vollgültig gewesene Hauptschuld nur hinterher beschränkt wird, z. B. durch Verjährung — §. 1023 n. f. — Dieß sagen nun absolut

L. 14. §. 1. de pignorib. (20, 1.)

L. 29. pr. ad Sct. Trebell. (36, 1.)
L. 2. C. de lex. pignoris (8, 31.)

und es würde auch schon aus dem Prinzip folgen, daß Obligationen im Zweifel nach ihrem Anhange zu beurtheilen sind.

L. 2. quod jussu (15, 4.)
L. 31. de donat. (39, 5.)

Allein zu Gunsten der zweiten vorhin erwähnten Hauptparthei muß man doch eine Ausnahme machen, nämlich wenn aus der Klagbarkeit des Pfandrechts die Umgehung eines Prohibitivgesetzes entstehen würde. Ein Beispiel giebt das **Sct. Maced.**, wonach, wenn ein Haussohn ein Geldanlehen gemacht hat, der Sohn und Vater eine **exceptio** haben, welcher der Sohn nicht entsagen kann — §. 269. — Nun nehme man den Fall, daß der Sohn **A** aus seinem Vermögen dem Anleiher **B** eine Hypothek für eine solche Geldschuld bestellt, kann dann damit eine Klagbarkeit der Hypothek des **B** gegen **A** herausgebracht werden? Dieß bejahet nun freilich

Hepp a. a. O.

aber gewiß verkehrt, weil nun indirekt eben das heraus kommt, was ja das Gesetz selbst nicht haben will, damit der Sohn, wenn ihn sein Gläubiger **agendo** in die Enge treiben kann, nicht am Ende sogar zu Lebensnachstellungen gegen den Vater verführt werde. Daher ist hier auch die von einem Dritten **X** für den Haussohn **A** bestellte Hypothek, wenn sie nicht **animo donandi** bestellt ward, keineswegs klagbar.

L. 9. §. 3. ad Sct. Maced. (14, 6.)
L. 2. quae res pignori (20, 3.)

Offenbar aus dem Grunde, weil sonst **X** eine Entschädigungsklage gegen **A** hatte und damit den **A** in die Lage bringen würde, welche das Gesetz gerade abwenden wollte. Ist mithin **A** selbst der Besteller der Hypothek, so kann noch um so weniger eine Klage gegen ihn statt finden. Dieß Alles ist von Hepp gänzlich übersehen, indem er sonderbarer Weise so thut, als ob es kein **Sct. Maced.** auf den Schutz dritter Personen anzusehen sey. Daher hat sich auch

Roßhirt not. r. cit.
mit Recht gegen Hepp erklärt.

Ad voc. Kann zurückgefordert werden.

Man muß in Beziehung auf diesen Satz folgende zwei Hauptfälle unterscheiden:

1) Die vernichtete Schuld ist von der Art, daß selbst im Fall wissentlicher Zahlung das Gezahlte nach §. 78 zurückgefordert werden kann, nämlich weil die Gesetze die Schuld vernichteten, damit eine Person nicht verarme. Dann kann gewiß das für eine solche Schuld gegebene Pfand zurückgefordert werden.

2) Der Fall ist von der Art, daß nach §. 78 die wissentliche Zahlung nicht zurückgefordert werden könnte, und nun bestellt der Schuldner, dessen Schuld vernichtet ist, wissentlich dafür ein Pfand. Viele sagen nun, das Pfand könne hier nicht zurückgefordert werden, weil ja auch das **solutum** nicht condicirt werden könne. Allein dieser Schluß ist ganz verkehrt. Denn bei der **solutio** existirt der **animus transferendi dominium**, und da wird denn die Rückforderungsklage durch den Einwand ausgeschlossen, daß Niemand sein eigenes Faktum anfechten darf. Allein wer eine Sache verpfändet, der bleibt vorläufig noch deren Eigenthümer, hat mithin insofern ungeachtet der Pfandbestellung eine Rückforderungsklage. Setzt ihn nun der Empfänger des Pfandes, dessen Schuld die Gesetze vernichteten, die **exceptio debiti nondum soluti** entgegen, so kann der Pfandbesteller jene Einrede durch die **replica doli** niederschlagen.

L. 8. de cond. ob turp. cons. (12, 5.)

Entscheidend hiefür ist auch

L. 25. de pignoribus (20, 1.)

und ebenso

L. 33. eodem.

wenn man nur erwägt, daß dem hier genannten adjecto — §. 647 — zwar Zahlung geschehen kann, daß er

aber an sich als creditor kein Recht hat. Dieß Alles wird denn nun auch ganz bestärkt durch das, was nach §. 605 not. h. die Gesetze über die Pfandbestellung intercedirender Weiber sagen.

§. 783.

Ad voc. Das Eigenthümliche.

Mit dieser Eigenthümlichkeit scheint es im Widerstreit zu stehen, daß Martionus in der berühmten

L. 5. §. 1. de pign. (20, 1.)

sagt: **Inter pignus et hypothecam nominis tantum sonus differt.** Allein diese Aeußerung sollte gewiß nur auf die **actio hypothecaria** gehen, welche alle Arten der Pfandgläubiger auf gleiche Art haben — §. 814 — wie man auch aus der Ueberschrift jenes Fragments sehen kann, welche als Quelle einer Schrift des Martianus über die **actio hypothecaria** angiebt. Justinian setzt daher auch in

§. 7. J. de act. (4, 6.)

zu jenen Worten vorsichtig hinzu: **quantum ad actionem hypothecarium pertinet.**

§. 784.

Ad voc. Generale.

Unsere ältere Juristen haben immer angenommen, daß **das pignus generale** bloß dann statt finde, wenn Jemand seine sämmtlichen Güter verpfände, und daß jedes andere Pfand **ein speciale** heiße. In diesem Sinn kommt auch die Eintheilung überall in den Rechtsquellen vor, und namentlich in dem Cardinalgesetz, worin Justinian das Wesen des **pignus generale** genau bestimmte, nämlich **L. 9. C. quae res des pignori (8, 17.)** Dagegen hat nun aber Merz **not. y. cit.** nach Ideen von Schrader behauptet: **pignus generale** sey jedes, wobei Pfandsachen **in genere** ausgesetzt werden, z. B. ich verpfände dir meine Bücher oder mein Silberzeug, und zwar besonders wegen

L. 2. L. 11. §. 2. qui pot. (20, 4.)

Allein die erste Stelle kann nur rechten Sinn bekommen, wenn man in ihrem Nachsatze mit Halvander, welcher die besten Manuskripte benutzte, statt **generaliter** vielmehr **specialiter** liest. Im zweiten Gesetz macht aber das Wort **specialiter** wieder keine Schwierigkeit, weil es hier in dem Sinn genommen ist, in welchem es auch sonst vorkommt, nämlich daß man dadurch ein Pfandrecht bezeichnet, welches nicht durch das Gesetz ertheilt wird, sondern durch die eigene besondere Zustimmung des Schuldners, welches Letzte dann statt finden kann, das Pfandrecht mag nun auf alle oder auf einzelne Güter gehen.

L. 5. C. in quibus caus. pign. tant. (8, 15.)

Ad voc. Meine Mobilien.

Weil das **incorporale** eigentlich weder beweglich noch unbeweglich ist, so meinen Manche, die Verpfändungsformel: „meine Mobilien und Immobilien verpfänd ich dir," ergreife nicht die unkörperlichen Theile des Vermögens des Verpfänders, z. B. nicht dessen ausstehende Personalforderungen. Allein dieß sind schlechte Sylbenstechereien. Denn es ist ja gerade Hauptregel, daß ein Vertrag nach dem zu nehmen sey: **quod in regione frequentatur.** Nun aber ist es ausgemacht, daß der gewöhnliche Bürger die feine Distinktion zwischen **rebus corporalibus et incorporalibus** nicht kennt, und daß gerade die Worte: meine Mobilien und Immobilien zu dem Zwecke gebraucht werden, um anzudeuten, daß man Alles in Allem verpfänden wolle. Deßwegen hat ja auch unsere Praxis nach §. 173 feste Regeln eingeführt, wonach man die **incorporalia** theils bei den **rebus mobilibus**, theils bei den **rebus immobilibus** unterbringt.

Ad voc. Nachher wieder vom Schuldner erworbenen Sachen.

Diese Ausnahme steht klar im Gesetz der **not. b.** und kann gewissermaßen an den Grundsatz angeheftet werden: **ea, quam elegisti, via, ambula.** Allein die Vernunft muß hier

doch große Bedenken haben. Denn erlaubt der Generalpfandgläubiger dem Schuldner die Veräußerung eines einzelnen Pfandstücks, so liegt darin nur eine Erlaubniß zur Veräußerung, keineswegs aber, daß der Pfandgläubiger eine Abneigung dagegen habe, daß der Schuldner die mit seiner Erlaubniß veräußerte Sache später wieder zurückerwerbe. Deßwegen hat denn

Vermehren not. b. cit.

die Sache künstlich so zu drehen gesucht, als ob Justinian in dem Gesetz der not. b. sage, die wieder erworbene Sache solle zwar auch durch den Wiedererwerb unter das Generalpfand fallen, jedoch erst a dato des Wiedererwerbs. Allein nach Justinians Relation hatten ja die Partheien, unter denen er Frieden stiften wollte, nicht über das datum gestritten, sondern im Allgemeinen über das Pfandrecht im Fall des Wiedererwerbes, und dazu passen auch allein seine Worte: indignum esse vindicare — inquietare.

Hepp in Roßhirt Zeitschrift 3. Heft S. 342.

Ad voc. Vertragsmäßig ertheilten allgemeinen Pfandrecht.

Die folgenden Ausnahmen des Comp. über die bei dem pignori generali ausgenommenen Sachen stehen in den Gesetzen nur in Beziehung auf das pignus conventionale, dennoch meinen Manche mit Meißner not. c. cit., man müsse jene Ausnahme auch bei dem generellen gesetzlichen Pfandrecht — §. 789 — analogisch annehmen. Allein dieser Schluß ist höchst gewagt, da die Gesetze oft ein Pfandrecht ertheilen, wo es sich vertragsmäßig gar nicht einmal hätte denken lassen, wovon die Allegate in §. 791 not. l. ein Beispiel geben. Etwas mehr hat es für sich, wenn Musset not. c. cit. die Ausnahme des Comp. auch bei dem pignori testamentario zuläßt, weil ja auch bei Testamenten auf den wahrscheinlichen Willen des testatoris zu sehen sey. Allein bei Testamenten ist der Fall doch ganz anders wie bei Verträgen. Denn verpfändet der Testator seine eigene Sachen im Testament, so

schadet es ihm selbst nicht weiter, und so kann er die Sache leicht nicht zu ängstlich nehmen, daher auch das **hoc videant heredes mei** gewöhnlich den Sinn hat: meine Erben mögen sich klagen und ich bin zufrieden, wenn die Sache mich nicht trifft, wovon auch Gebauer bei seiner Ausgabe des **Corpus juris** einen Beweis gegeben hat. Verpfändet aber der Testator fremde Sachen, so kann man auch wieder sagen, gegen Dritte thut man oft Manches leicht, was man gegen sich selbst nicht thun würde. Daß in

L. 6—8. de pign. (20, 1.)

von jedem **pignori voluntario**, also auch vom **testamentario** die Rede sey, darf man Musset nicht zugeben. Die Worte: **est debitari** nebst dem Folgenden zeigen deutlich, das dort nur vom Conventionalpfande die Rede ist, und dieß wird noch klarer, wenn man die

L. 9. ibid.

Uebrigens meint

Glück 18. Bd. S. 222. 223.

mit Manchen: jene vom **pignore generali conventionali** ausgenommenen Sachen wären nur so lange ausgenommen, als der Verpfänder lebe. Allein es ist dieß gegen die gewöhnliche, schon im Diktat zu §. 782 angeführte Regel, daß Rechtsverhältnisse ganz in der Art, wie sie entstanden, auch in der Fortdauer zu erhalten sind.

§. 785.

Ad voc. An das besondere Pfand halten muß.

Wegen der Gesetze **in not. k.** kann man diesen Satz absolut stellen, aber doch nur dann, wenn die Verpfändung mit der Spezialverpfändung anfängt und mit der generellen endigt, welche letzte eben damit nur als ein **subsidiarium** erscheint. Hat dagegen umgekehrt der Verpfänder erst alle Güter verpfändet und hinterher noch spezielle Güter, so kann dieß nicht so genommen werden, als ob der Gläubiger sein gewöhnliches Wahlrecht verliere, sondern nur dahin, daß er noch in Betreff

der speziell verpfändeten Sachen Ansprüche auf die eigenen Vortheile des Spezialpfandrechtes habe. Der Verfasser des Comp. hat jetzt genauer darüber gehandelt im

Archiv für civil. Praxis 17. Bd. 1. Hft. Nr. 1.

§. 786.

Ad voc. „Testamentarische"

Mehrere, aber nicht in bedeutender Zahl, haben behauptet: das testamentarische Pfand sey eigentlich nur ein **conventionales**, weil es sich auf den Quasi-Kontrakt der **hereditatis aditio** — §. 870 — gründe. Allein die auf die Güter des Erblassers gelegten Pfandrechte erwirbt ja der Legatar nach §. 941 schon vor der Erbantretung im Augenblick des Todes des Erblassers, und die Pfandrechte, welche der Erbe erst aus seinen oder fremden Gütern zu bestellen hat, werden ja doch auch im Grunde **ex voluntate testatoris** erworben und so ist hier eine Erbantretung und eine **conditione sine qua non**, aber auch nicht die **causa** eines **pignoris legati.**

§. 787.

Ad voc. Als solche gar nicht existiren.

Soviel ist gewiß, daß man alle in §. 787 von Nr. 1—6 genannten **imissos** prätorische Pfandgläubiger nennt, daß man aber bisher das unter Nr. 6 erwähnte Pfandrecht gewöhnlich noch wieder unter dem Namen **pignus judiciale** den übrigen Arten als eine Hauptspecies gegenübersetzt und dann diese übrigen Arten kollektiv mit dem Namen **pignus praetorium sensu stricto** bezeichnet. Schon **Donellus de pignoribus cap. 5.** erklärte sich gegen diese Unterabtheilung, weil der Name **pignus judiciale** unschicklich sey, indem bei den Römern nicht die **judices** imittirt hätten, sondern der **praetor.** Allein dieser Einwand ist schwach, weil die Römer das zur Vollstreckung eines Urtheils ertheilte Pfandrecht mit dem Aus-

druck pignus in causa judicati captum bezeichnen und weil unsere Juristen, kurzen Ausdrücken geneigt, daraus das Kunstwort pignus judiciale zusammengezogen haben.

Bacchov de pignoribus Lib. 1. cap. 3.

Soll also jene Unterabtheilung Werth haben, so kann sie bestehen, wenn man zeigt, daß die Immission, woraus das sogenannte pignus judiciale entsteht, generisch andere Folgen hat als die andern imissiones. Dieß behaupten auch Manche, aber ohne Grund. Die Hauptunterschiede, welche man angiebt, sind diese:

1) Das pignus judiciale setzte eine rei judicata, also auch eine formelle Litiscontestatio voraus, aber bei dem pignore praetorio — s. st. — sey dieß nicht nöthig.

Glück not. d. cit.

Allein jede species der imissionum hat ihre eigene Prädikate. Will man also das Individuelle einer jeden zur Hauptsache machen, so kann man Nr. 1 allen andern Arten kontrustinguiren, ebenso Nr. 2, Nr. 3 u. s. w.

2) Ferner sagt man, das pignus judiciale habe das Eigene, daß hier der ältere imissus dem jüngeren vorgehe, welches aber bei pignoribus praetoriis wegfalle. So ist es auch wieder zu lesen in Glück 18. Bd. S. 277. 19. Bd. S. 335 — 339. Allein Glück muß selbst zugeben, was sich auch aus §. 806. not. u. ergiebt, daß die Regel über den Vorzug des älteren Pfandgläubigers bei dem pignore praetorio s. st. nur in einzelnen Fällen verlassen, aber auch vielfach beibehalten ist, und damit verschwindet hier wieder der angebliche generische Unterschied.

3) Besonderes Gewicht haben die Freunde jener Unterscheidung darauf gelegt, daß sie sagen, der imissus ex causa judicati gelte nach

L. 10. qui pot. (20, 4.)
L. 15. de re judicata (42, 1.)

als Faustpfandgläubiger, habe mithin als solcher nach Diktat zu §. 208. 209. eine juristische possessio, während den andern imissis nur eine nuda custodia zustehe, und zwar nach

L. 3. §. 23. L. 10. §. 1. de possess. (41, 2.)
L. 3. §. 8. uti possidetis (43, 17.)

Allein die letzten Gesetze reden ja von allen imissis, und alle imissi haben ein pignus praetorium.

L. 26. pr. de pignorat. act. (23, 7.)
L. 12. pro emt. (41, 4.)

Das Wahre ist hier vielmehr dieß. Nach alter Strenge hatte kein imissus die interdicta des eigentlichen possessor nomine proprio. Allein zur Sicherung seiner Auktorität mußte hier der praetor nachhelfen und so gab er allen imissis nach §. 229 das interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, welches denn noch vortheilhafter ist, als die gewöhnlichen Interdikte, indem es zugleich ein interdictum adipiscendae, retinendae und recuperandae possessionis enthält, daher hier denn die imissi nachher recht gut sämmtlich der gewöhnlichen Interdikte entbehren konnten.

§. 788.

Ad voc. Jeder, welcher Geld ꝛc.

In

L, 25. de rebus creditis (12, 1) L. prima in causis pignus (20, 2.) L. 1. de cess. bon. (42, 3.)
L. 24. §. 1. de reb. auct. judicis (42, 5.)
und Nov. 97. cap. 3. —

hat der, welcher dem Bauherrn zur Wiederherstellung eines vernichteten Gebäudes baares Geld anleiht, eine dreifache Begünstigung erhalten. Er hat nämlich an dem mit seinem Gelde wiederhergestellten Gebäude ohne Vertrag ein pignus legale. Dieses Pfandrecht ist dazu noch privilegirt für die zweite Konkursklasse — §. 809 — und kann der Anleiher

hier nicht befriedigt werden, so darf er doch noch wieder als persönlich privilegirter Gläubiger in der vierten Klasse — §. 810 — auftreten. Man begreift dieß Alles wohl, da eingefallene Gebäude das widerwärtigste sind und besonders in Rom nach Neros Brandstiftungen seyn mußten und da baares Geld **ad restituendum aedificium** am schwersten zu bekommen ist. Gegen die Regel, daß **jura singulari** nicht auszudehnen sind, und am wenigsten auf **causas leviores**, haben Manche jene dreifache Vorrechte auch den Anleihern von Materialien, denen, welche ihre Dienste creditirten oder etwas zur Reparatur oder Erhaltung einer Sache hergaben, ebenfalls mittheilen wollen. Allein durchaus ohne Gesetz. Für ein **pignus legale privilegiatum** dieser Personen hat man sich zwar besonders berufen auf

L. 5. 6. qui potiores (20, 4.)

Allein hier steht nur, daß das Pfandrecht solchen Personen ein **privilegiatum** sey, keineswegs aber, daß ihnen überhaupt ein Pfandrecht **ex lege** zustehe. Ein solches ist ihnen nirgends gegeben und es ist höchst wichtig, daß man beides unterscheide, da wir auch andere Personen haben, wie z. B. der Anleiher **ad emendum rem immobilem**, deren Pfandrecht zwar wohl privilegirt ist, aber doch immer unter der Voraussetzung, daß sie sich erst ein Pfandrecht überhaupt bedungen haben.

L. 7. C. qui potiores (8, 18.)

Ad voc. Ferner geben III. die Gesetze.

Ueber die hier unter **III.** erwähnten Pfandrechte des Vermiethers und Verpächters ist viel Streit. Die zum Comp. citirten Gesetze sind offenbar für die darin aufgestellten einzelnen Bestimmungen, aber folgende Punkte sind hier doch noch wohl besonders herauszuheben.

1) Die vorzüglichste Hauptfrage ist, ob dieses Pfand ein **Legalpfand** oder ein **conventionale tacitum** ist? Diese Frage ist bedeutend, da ein **Conventional**-pfand durch Zustimmung einer willenlosen Person nicht entstehen kann, Legalpfänder aber **ex re sine consensu**

entstehen, und da nach dem vierten Diktat zu §. 784 vom pignore **conventionali generali** manche Sachen ausgenommen sind, welche man vom pignore **legali generali** nicht ausnehmen kann. Die richtigste Antwort auf jene Hauptfrage ist wohl gewiß die, welche auch die Praxis stets gebilligt hat, daß dieß Pfandrecht jetzt ein reines legale ist. Denn in

L. 11, §. 5. de pignorat. act. (13, 7.)
L. ult. C. in quibus causis (8, 15.)

wird dasselbe ohne Beweis der **voluntas specialis** absolut **ex praesumtionibus juris** angenommen und in

L. 4. in quib. caus. pign. tacit. (20, 2.)

eben so absolut **quasi convenerit.**

2) Bei den nicht zum Fruchttragen bestimmten Grundstücken sind gewiß die **invecta et illata legaliter** verpfändet und ebenso gewiß ist es, daß bei den zum Fruchterwerbe bestimmten Grundstücken das Legalpfand auf die Früchte der verpflichteten Sache geht. Allein haften im Zweifel auch die **illata** des Pächters? Manche bejahen dieß wegen

L. 21. §. 1. de locat. (19, 2.) — L. 7. §. 1. dess. in quib. caus. pign. tacite (20, 2.)

Allein vergleicht man **L. 4. eod.**, so muß man mit unsern Praktikern und den mehrsten Theoretikern sagen, daß das Legalpfand die **illata** des Pächters nur dann ergreift, wenn es so bedungen ist. Dieses Bedingen kann natürlich auch **tacite** geschehen und dahin muß man nach der Vernunft auch wohl den Fall zählen, wenn der Verpachter sich bedingt, daß der Pachter gewisse Sachen mitbringen solle. So ist gewiß am einfachsten erklärt die berühmte

L. 5. C. de loc. (4, 65.)

wie es auch jetzt anerkannt ist von

Glück 18. Bd. S. 305. und
Hepp in der allgemeinen Literaturzeitung 1832. S. 502 — 533.

Ad voc. Grundzinsen zu fordern haben.

Die, welche wegen der Reallasten ein Legalpfand an den zinspflichtigen Sachen annehmen, haben nichts für sich als

L. 2. §. 1. de aliment. legat. (34, 1.)

wonach, wenn aus gewissen Gütern Alimente zu zahlen sind, die Zahlungspflicht auf jeden nachfolgenden Erwerber dieser Guter übergehen soll. Allein da dieß sonst nicht gilt, wenn etwas aus gewissen Gütern versprochen wird,

L. ult. §. 1. de contrah. emt. (18, 1.)

so ist hier offenbar ein favor alimentorum, welcher nach dem zweiten Diktat zu §. 102 auch sonst auf ähnliche Art vorkommt. Nirgend existirt auch ein Gesetz, welches wegen der Grundabgaben ein pignus legale giebt. Nur das kann man sagen, daß wenn nach der cessio bonorum solche Abgaben fällig werden, die Konkursgläubiger diese Abgaben als Inhaber der Güter bezahlen müssen, und da wird denn freilich der, welcher sie zu fordern hat, gegen die Konkursgläubiger ein creditor creditorum, welches denn nach §. 801 etwas ganz anderes wird, als wenn jemand bloß Gläubiger eines Gemeinschuldners ist.

§. 789.

Ad voc. Nicht Jüdinnen.

Der Jüdinnen hat sich jetzt auch wieder angenommen

Gesterding not. o. cit.

weil die **Nov. 109** dieses privilegirte Legalpfand nur den **haeredicis** versage, welcher letzte Ausdruck bloß auf die Christen gehe, welche von dem ächten Glauben wieder abfielen, wozu denn die **Judaei** nicht gehörten. Allein Justinian giebt es dreimal bestimmt nur den ächt katholischen Ehefrauen, und verweigert es allen Andern, so daß also in der Sprache der Novellen auch die Jüdinnen mit unter den Ausdruck haeredici fallen. Die richtige Meinung ist auch wieder gut vertheidigt von

Fritz Erläuterung. 2. Heft. S. 437—440.

Ad voc. Auch nicht die Braut.

Nach dem Pandektenrecht hatten Ehefrauen und Bräute auf gleiche Art, wegen der von ihnen bestellten dos nur für die vierte Klasse — §. 810 ein persönliches privilegium exigendi. — L. 74. de jure dotium (23, 3.)

L. 17. §. 1. L. 18. de reb. auctoritate judicis (42, 5.)

Justinian gab aber den Ehefrauen ein allgemeines Legalpfand, welches nach §. 803. 804 noch dazu privilegirt ist. Viele haben dieß nun auch auf die Braut anwenden wollen. Allein die logische Ausdehnung eines juris singularis ist ja durchaus verboten, also kann man den Bräuten wegen der von ihnen pränumerirten dos nur ihr altes privilegium exigendi zugestehen.

Ad voc. Wenigstens nach der gemeinen Lehre.

Man hat dieses Legalpfand bisher fast immer angenommen. Allein vergleicht man die Gesetze in not. s. t., so ergiebt sich, daß sie von nichts anderm reden, als dem Pfandrechte, welches das Comp. gleich nachher unter Nr. 2 erwähnt, nämlich, daß die Kinder ein Legalpfand wegen der Güter haben, deren Proprietät die Eltern nach §. 286 durch Eingehung einer zweiten Ehe verwirken, welches

Löhr not. s. cit.

besonders gut entwickelt hat.

Ad voc. Und Protutoren.

Diese Ausdehnung der gesetzlichen Vorschrift auf protutores hat viel für sich, insofern die Gesetze dem Protutoren im Ganzen die Pflichten der wahren Tutoren auflegen, weil man sich leicht darüber irren könne, ob jemand wahrer tutor sey oder nicht.

L. 1. pr. de eo qui pro tutore (27, 5.)

und weil

L. un. §. 1. C. de re uxoria actione (5, 13.)

das Legalpfand allgemein gestattet in administratione rerum

pupillarium. Für diese Idee, deren Richtigkeit freilich manche Theoretiker bezweifelten, hat sich nun auch erklärt

Rößler **de falsis tutoribus Heidelberg 1834. pag. 30 — 33.**

Ad voc. Wenn dieser die Emphyteusis verwüstet.

Dieß ganze Pfandrecht hat Meißner **not. b. cit.** geleuguet, indem er sagt in

Nov. 7. cap. 3. 12.

stehe bloß von dem Kirchenemphyteuta, welcher die Emphyteusis verwüstete **obligatus esse ejus res** und dieß könne man auch so nehmen, als er kann durch eine **actio personalis** auf Bezahlung des Schadens belangt werden. Allein diese Idee ist ganz verkehrt, da der Ausdruck **res est obligata** gerade der klassische Ausdruck für das Pfandverhältniß ist. Da übrigens die Kirchen vielfach begünstigt sind und **jura singularia** nicht ausgedehnt werden dürfen — §. 51. — so ist es offenbar ganz verkehrt, wenn nach **not. b.** Manche dieses Legalpfand der Kirchen auch bei der **emphyteusis secularis** annehmen.

Ad voc. Zur zweiten Ehe schreitenden Wittwe.

Manche neuere Juristen haben dies Pfandrecht angenommen wegen der Worte: **quod tacite hac lege domus in hoc. 22. etc.** Allein das **domus** paßt nicht dazu, auch begreift sich nicht, warum vorher die förmliche Pfandbestellung der Wittwe verlangt wird, wenn der Kaiser schon an sich hier ein Legalpfand haben wollte. Neuerlich hat nun Marezoll mit Benutzung des griechischen Textes sehr gut gezeigt, daß Justinian durch jene Worte sagen wollte: Die Wittwe braucht nicht mehr wie früher zu caviren, daß sie nicht wieder heirathen wolle. Sehr lebhaft ist diese Erklärung wieder angegriffen von Meißner **not. e. cit.** gegen den zu Marezolls Besten wieder allerlei erinnert hat

Fritz Erläuterung. 2. Hft. S. 442 — 449

Es kommt dabei so viel kleines griechisches in Betracht, daß

man hier durchaus den Wißbegierigen auf das eigene Studium der vorhin citirten Schriften verweisen muß.

§. 791.

Ad voc. Wenn der Verpfänder in der Folge das Eigenthum.

Wenn A die Sache des B einseitig, mithin als res aliena nulliter an C verpfändet, hinterher aber A von B diese verpfändete Sache erwirbt, so kommt nun A in die Lage, daß er seinen eigenen früheren Fehler wieder gut machen kann, und daß dann also durch eine von ihm zu präsumirende ratihabitio Alles rückwärts geheilt wird, wie es nach §. 111. 462. in der Regel bei der ratihabitio der Fall ist. Die Gesetze in not. p. sagen dieß auch im Allgemeinen, aber für den Fall, wenn C bei der Verpfändung in male fide war, gestattet Papinian in dem Gesetz der not. y. dem C kein Pfandrecht, also kein jus verdendi und vindicandi, sondern nur ein Retentionsrecht. Manche wollen hier freilich mit

Voet L. 20. tit. 3. §. 4.

doch dem C ein Pfandrecht geben. Allein Papinius difficilius datur deutet nach dem gewöhnlichen bescheidenen Styl dieses großen Klassikers auf ein höfliches Vernehmen, wie dieß auch Viele anerkannt haben. Dabei ist aber noch diese bedenkliche Entscheidung des oft übersubtilen Africanus in Erwägung zu ziehen, welche in

L. 9. §. 3. qui pot. (20, 4.)

steht. Der Fall des Fragments ist dieser: Im Jahr 1792 verpfändet A einseitig die Sache des X an B und im Jahr 1793 verpfändet er dieselbe Sache noch weiter an C. Im Jahr 1796 wird A Erbe des X und veräußert die Sache an Z. Hier soll nun nach Africanus das Pfandrecht des B convalesciren, das Pfandrecht des C aber nur hinterher, wenn der B von A bezahlt ward, bevor A die Sache weiter an Z veräußert hatte. Diese Entscheidung ist von Vielen mit Cujac. bitter getadelt und hat auch nebenbei allerlei Conjekturen veranlaßt, wie man aus den Abhandlungen von Meier, Müller und Gesterding not. q. cit.

sehen kann. Einfach ist freilich eine der neuesten Ideen, nämlich die Idee von Müller und Löhr a. a. O., daß Afrikanus der Meinung war, stricto jure könne man kein zweites Pfandrecht an derselben Sache geben, so lange das erste nicht getilgt sey, daß mithin jenes Convalesciren zum Besten des creditor secundus nicht möglich sey, wenn der Successor vor Abfindung des ersten Gläubigers die Sache weiter veräußert habe. Allein man sieht doch nicht, wie Africanus auf eine solche Idee kam, da doch sonst überall anerkannt ist, daß man dieselbe Sache successiv verpfänden darf und daß nur der ältere creditor jura potiora gegen den jüngeren hat. Also bleibt hier doch über die Idee von Afrikanus nichts zu sagen, als daß er hier auf einmal wieder wunderlich war. Hepp in Roßhirt Zeitschrift 3. Heft S. 338. 368. 369.

Advoc. Eine errichtete, und zwar dingliche.

Ueber die Verpfändung der Servituten haben neuerlich wieder gehandelt Gesterding Nachforschungen 4. Bd. S. 1—21. Büchel civilrechtl. Erörterung. 3. St. S. 73—99. der letze gewiß am besten.

Man muß hier genau diese Fälle unterscheiden:

I. Eine Servitut existirt schon und zwar

1) eine personalis. Da eine solche nicht cedirt werden kann, sondern dabei höchstens nur die Ausübung ganz oder zum Theil einem Andern überlassen werden darf, so kann der Inhaber der Servitut nach not. s. nicht die Servitut selbst, sondern nur deren Ausübung, so weit er sie andern überlassen darf, verpfänden.

2) Die Servitut ist eine realis. Alsdann muß sie in dieser Eigenschaft beim herrschenden Gut bleiben, dem sie beigelegt ist, und für dasselbe ausgeübt werden; folglich geht sie wohl mit dem Gute auf jeden Erwerber desselben über, kann aber durchaus nicht abgesondert verpfändet werden, welches letzte zwar Gmelin not. t. cit. zum Theil leugnet, aber bloß weil er ein Gesetz hieher

zieht, welches gleich nachher unter II. 2 zu nennenden Fall zu beziehen ist.

II. Eine Servitut wird von dem Herrn einer Sache auf diese Sache einem Gläubiger zum Pfande bestellt, und zwar

1) eine **personalis**, dann kann sie der Gläubiger gewiß, wenn er nicht befriedigt wird, als eine **servitus personalis** Andern veräußern.

2) Eine **realis**. Darüber ist in **L. 11. §. 3. L. 12. de pignorib.** (20, 1.) so entschieden: der Grundeigenthümer kann nicht eine **servitus urbana**, wohl aber eine **servitus rustica**, einem **vicino** *pfandweise* eingeben, welcher letzte sie dann ausüben und am Ende zu seiner Befriedigung an einen andern **vicinus** veräußern und damit für diesen schaffen darf. Dieß läßt sich nun auch im Allgemeinen begreifen. Denn die **servitutes rusticae** nützen in der Regel allen **vicinis** auf gleiche Art, und können in sofern an **vicinos** veräußert werden; allein eine **urbana**, welche an das Haus des **A** angehängt ist, z. B. eine **servitus perspectus** kann auf die Art, wie sie an das Haus des **A** *pfandweise* angehängt war, nicht auf gleiche Weise von dem Hause des **B** ausgeübt werden, wenn sie der Pfandgläubiger **A** an **B** verkauft. Indeß sagen Viele mit **Thomasius not. t. cit.** jede Realservitut, welche der Pfandgläubiger an **vicinos** verkaufen könne, dürfe demselben zum Pfande eingeräumt werden, und dieß läßt sich retten, sofern man nicht die Sylben stechen will, da man alle **incorporalia** pfandweise hingeben und insofern auch immer erlauben kann, daß der Pfandgläubiger durch einen onerirenden Vertrag etwas schaffe, was die Grundeigenthümer durch Concessionen auf seiner Sache selbst hätten schaffen können.

§. 794.

Ad voc. Sein Pfandrecht, nicht die Sache selbst.

Es war bisher eine herrschende Ansicht, daß das sub

pignorare nichts weiter sey, als ein Verpfänder des Pfandrechts, also nicht der Pfandsache und daraus hat man auch gefolgert, die Personalforderung des ersten Pfandgläubigers gehe accessorie mit auf den Afterpfandgläubiger über. Allein die Gesetze nehmen doch an, daß hier die **res obpignorata** selbst in das Afterpfand falle, freilich nur im Umfange des Pfandrechts des Afterverpfänders, so daß also das Afterpfand erlischt, wenn das Pfandrecht des Afterverpfänders aufhört, — **L. 13. §. 2. de pignoribus (20, 1.) L. 1. 2. C. si pignus pignori (8, 24.)** — es mochte ihm denn die an ihn verpfändete Sache von dem Schuldner zur Tilgung seiner Forderung **in solutum** gegeben seyn. Denn die **datio in solutum** braucht er ja nicht anzunehmen, und Niemand kann Rechte, welche er selbst verlieh, durch sein eigenes Faktum zerstören, also muß in jenem Fall auch nach der **datio in solutum** das Pfandrecht des Afterpfandgläubigers an der Sache fortdauern. — **L. 13. §. 2. de pignorib. (20, 1.)** — Uebrigens folgt aus dem Satz, daß bei der **obpignoratio** die **res** verhaftet sey, durchaus nicht, daß nebenbei auch nicht die Personalforderung des Afterverpfänders mit unter das Pfandrecht des Afterpfandgläubigers falle. Sehr viel Gutes hat jetzt über dieß Alles gesagt Büchel civilrechtl. Erörterungen, Marburg 1834. Nr. III. S. 99—121, und noch mehr Troschke das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers, Güstrow 1834.

Ad voc. Das Retentionsrecht ausübe. kann.

Nach allgemeinen Grundsätzen des §. 224 kann das Retentionsrecht nur **ob debitum connexum** ausgeübt werden, und darnach müßte man denn sagen, daß der Pfandgläubiger das Retentionsrecht nur hat, wegen seinen in Betreff der verpfändenden Sache stattfindenden Forderungen. Allein die berühmte **L. un. C. etiam ab chirograph. pecuniam (8, 27.)** welche man vorzugsweise die **constitutio Gordani** nennt, giebt es ihm allgemein wegen andern Forderungen. Da indeß das Gesetz nur vom konventionellen Faustpfandgläubiger redet, so

will Schweppe not. h. cit. nur einem solchen Faustpfandgläubiger auch ob debitum non connexum ein Retentionsrecht gestatten. Allein das Gesetz legt doch ebensowenig auf das conventionale ein Gewicht, als es die ganz allgemeine Titelrubrik thut, und so hat doch die Praxis das Mehrste für sich, wenn sie jene Constitution auf alle Pfandgläubiger anwandte. Eine böse Schwierigkeit macht hier aber L. 4. C. de usuris (4, 32.) wo dem Faustpfandgläubiger die Retention wegen der nach der Verpfändung von ihm bedungenen Zinsen abgesprochen wird. Eine genügende Erklärung dieser Eigenheit fehlt uns und die neueste von Gesterding not. h. cit. daß hier der Pfandgläubiger nicht habe retiniren können, weil er die Zinsen nudo pacto bedungen, also zwar wohl eine exceptio, aber keine Klage gehabt habe, scheint die schlechteste unter Allen zu seyn, da überall die Retentio nur davon abhängt, daß man jure naturali oder civili eine Gegenforderung habe. — §. 676. §. 782. —

§. 795.

Ad voc. Eidlich bestärkt.

Viele nehmen diesen Satz an, weil er sich nach den Rechtsgrundsätzen über den Eid — §. 87 — ganz von selbst verstehe. Allein das Letzte muß man leugnen, denn das Verbot der Lex comissoria bezweckt gerade die Abwendung eines schändlichen Zinswuchers, und auch nach römischem Recht sind Eide unwirksam, welche eine turpitudo bedecken sollen; daher leugnen auch Andere den Satz des Comp., indem sie sich noch dazu auf caput. 6. x. de pignoribus (3, 21.) berufen, welche aber gerade für das Comp. spricht, wenn man auch dieser Dekretale eine Inconsequenz vorwerfen kann, denn im gegebenen Fall wird gerade gesagt, es habe an sich für den Supplikanten die Pflicht, die fides juramenti zu erfüllen, bestanden, doch könne er hier von der Strafe der Verwirkung freigesprochen werden, weil er zur Zahlung Alles mögliche gethan habe und insofern nicht als debitor morosus einer Strafe unterworfen werden könne.

Ad voc. Erst nach der Verpfändung.

Manche meinen, das **pactum comissorium** gelte, wenn es nach der Verpfändung geschlossen sey, weil dann der Verpfänder sein Geld in der Hand habe und sich nun **in statu libertatis** befinde. Diese Parthei citirt denn auch noch das Gesetz **in not. m.** Allein das gesetzliche Verbot der **lex comissoria** ist ganz absolut und jedes Raisonnement ist schief. Denn der Schuldner, dem Geld geliehen ward, ist damit noch nicht **in statu libertatis**, weil ihn der Anleiher durch Kündigungen genug ängstigen kann. Das Gesetz **in not. m.** spricht auch gar nicht von der **Lex comissoria**, sondern von der **datio in solutum**, welche nichts ist, als eine Art der Zahlung und unbedingt zugelassen werden muß, weil jeder Anleiher berechtigt ist, durch Zahlung seine Schuld zu tilgen.

Ad voc. Kein ungültiger komissorischer Vertrag.

Es giebt Mehrere, welche die beiden nachher genannten Verträge auch als Arten der **lex comissoria** behandeln und dann auch deren Nichtigkeit behaupten, weil in **L. ult. C. de pactis pignorum (8, 35.)** ganz absolut gesagt sey, daß das **pactum comissorium in keinem Fall** bestehen könne. Allein diese Idee wird schon dadurch bedenklich, daß Justinian in den Pandekten nach **not. n.** jene beiden Verträge für rechtsgültig erklären läßt, nachdem er schon zuvor die konstantinische **L. ult. C. cit.** publicirt hatte. Es läßt sich auch die **L. ult. C. cit.** nach ihren Worten gar nicht auf die beiden nachher **im Comp.** genannten Fälle anwenden. Denn, wenn der Schuldner eine Sache **pro justo pretio** dem Gläubiger überläßt, so ist dieß kein Verwirken für den bloßen Pfandschilling, sondern eine reine **venditio**, wobei wegen das **justi pretii** auch keine Prellereien zu befürchten sind. Die zweite Vorschrift der Pandekten, daß der Schuldner seinem Bürgen das Pfand überlassen könne, wenn derselbe die Pfandschuld bezahle, kann auch nicht unter die **L. ult. C. cit.** gezogen werden. Denn diese verbietet nur das Verfallen an die Gläubiger, aber verordnet nichts zum Nachtheil des Bürgen. Die

Gegner meinen nun zwar, man müsse nun die **L. ult. cit.** auf den Bürgen ausdehnen. Allein eine **Lex correctoria** darf ja nicht logisch auf den Fall ausgedehnt werden und die Ausdehnung wäre hier auch ganz geistlos. Denn der Gläubiger ist in der Regel für seinen Schuldner ein gefährlicher Mann und sucht den letzten nur zu leicht auf alle Art auszusaugen. Wer dagegen als Bürge einer Schuld beitritt, der muß in der Regel ein liberaler Freund des Schuldners seyn und so sind denn von ihm im Zweifel gar keine Gefahren zu befürchten.

§. 796.

Ad voc. Liquid und zahlbar ist.

Zur genauen Erörterung dieses Satzes gehört noch Folgendes:

1) muß der Schuldner **in mora** seyn, damit der Pfandgläubiger verkaufen kann? Die mehrsten bejahten dies bisher, aber für die Verneinung hat sich jetzt erklärt Fritz Erläuterung. 2. Hft. S. 460 — 464, besonders im Fall eines **debiti naturalis**, weil daraus nach §. 8 keine Klage entstehe und weil es nach **L. 127. (45, 1.) L. 88. de R. J.** keine **mora** gebe, wo keine **petitio** statt finde. Allein man muß ihm nach **L. 7. 9. C. de distract. pignorum (8, 28.)** widerstreiten, weil die hier gebrauchten Worte **cessare** und **detrectare solutionem** nach der gewöhnlichen Sprache auf eine pflichtwidrige Verzögerung gehen. In Betreff eines **debiti alieni** ist es auch nur Spitzfindigkeit, wenn man das Gegentheil annimmt. Denn nach den folgenden Sätzen des **Comp.** muß doch der Pfandgläubiger, wenn kein Tag gesetzt ist, immer erst eine **denunciatio** an den Schuldner ergehen lassen, d. h. ihn zur Zahlung auffordern, oder ihm anzeigen, er werde im Fall der unterlassenen Zahlung veräußern. Denunciatio und Zahlung sind ja auch bei einem **debito naturali** möglich.

2) Kann der Gläubiger veräußern, wenn er durch **oblatio**, welche er nicht annehmen wollte, **in mora capiendi** —

§. 99 — versetzt war? Nach aller Vernunft muß man die Frage mit **L. 5. C. de distract. pignorum** (8, 28.) verneinen. Allein die spätere **L. 2. C. debitorem venditionem** (8, 29.) verlangt hier zur **oblatio** auch noch die **deposito**, welches unklug ist, da die **mora creditoris** mit der bloßen **oblatio** beginnt. — §. 101 — Indeß haben wir hier doch das Gesetz in einer bestimmten Vorschrift und es ist noch dazu das jüngste, also muß man es wohl in juristischer Prose mit Fritz S. 464 — 466 vorziehen.

3) Muß die Schuld liquid, d. h. müssen Gründe da seyn, wegen deren der Schuldner das **quid**, **quale**, **quantum** der Schuld kennen muß, damit nun wegen Bestimmtheit der Schuld der Gläubiger veräußern könne? Die mehrsten verlangten bisher diese Liquidität, bloß wegen des Gesetzes in **not. a.**, woraus der Satz nicht mit Bestimmtheit abgeleitet werden kann, deßwegen hat sich nun Fritz S. 456 — 459 gegen jene Idee erklärt. Allein man muß sich dafür erklären. Denn nach dem, was vorher unter Nr. 1 bemerkt ward, kann der Pfandgläubiger **ante moram debitoris** nicht veräußern. Zur **mora debitoris** gehört aber nach §. 98, daß der Schuldner **culpose** die Zahlung einer liquiden Schuld verschiebt.

Ad voc. Der nachstehende Pfandgläubiger einseitig.

Es ist eine alte Streitfrage: ob der **creditor infirmior** veräußern darf, so lange noch ein **creditor potior** da ist. Für die Bejahung der Frage hat Bopp **not. x. cit.** lebhaft gestritten, theils wegen der Natur der Sache, theils wegen **L. 15. §. 5. de re judicata** (42, 1.) Allein mit Recht hat Löhr a. a. O. das Umgekehrte vertheidigt, weil nun einmal die Gesetze in **not. x.** im Allgemeinen ganz für den Satz des **Comp.** sind. Die **L. 15. §. 5. cit.** entkräftet auch nicht die Regel jener Gesetze, da sie nur auf einen besondern Fall geht, wo man der Billigkeit wegen, und weil aus der Mitwirkung der Gerichte eine volle Sicherheit für den **creditor potior** ent-

stand, sich eine kleine Abweichung von dem strengen Recht durchsetzen ließ.

§. 799.

Ad voc. Bloß wegen grober Versehen.

Es kann auffallen, warum der, welcher durch **imissio** des Prätors ein prätorischer Pfandgläubiger ward, nicht wie andere Pfandgläubiger den höchsten Fleiß, sondern nur die **culpa lata** zu prästiren braucht. Die Sache hängt aber doch gut zusammen. Denn die Immissionen erfolgen in der Regel nur gegen **debitores contumaces**, und nach §. 99 ist es allgemeine Regel, daß man gegen einen **morosus** nur die **culpa lata** zu verantworten hat.

Ad voc. Antichresis tacita.

Diese **antichresis tacita** hat Manchen gar nicht einleuchten wollen, daher sie auch das Gesetz in not. z. durch allerlei Fiktionen zu entfernen suchten. Allein man kann gern bei dessen Buchstaben bleiben, da es die Römer für eine Pflicht der Dankbarkeit und Honettität hielten, unentgeldlich angeliehene Kapitalien doch billig zu verzinsen. Der Pfandgläubiger, welcher so viel Früchte zog, als billige Zinsen betragen können, hier also wegen einer vorhandenen erkennbaren Gewissenspflicht sich der **exceptio compensationis** bedienen, welche schon im Diktate zu §. 9 vollständig gezeigt ist. Mit einer eigenen Originalität ist zuletzt Schweppe 2. Bd. S. 274. 275 hervorgetreten, indem er jene **antichresis tacita**, wie sie das Comp. beschreibt, zwar zugiebt, dabei aber meint, den Römern sey die Pflicht der Dankbarkeit schwerlich als etwas Dringendes erschienen, während sie doch Cicero und Seneca als ein **argentissimum** behandeln, — und die Römer mochten hier wohl von dieser Idee ausgegangen seyn: der Pfandgläubiger denke nicht leicht daran, daß er wegen der gezogenen Früchte in Anspruch genommen werden könne, und so müsse man sie ihm lieber lassen, gerade als ob sich aus der juristischen **distraction** ein **modus acquirendi** machen ließe.

§. 800.

Ad voc. Die Vortheile des Pfandrechts in Anspruch.

Nach strengen Rechtsbegriffen scheint es keinen Sinn zu haben, wenn man sagt: Jemand solle an seiner eigenen Sache haben. Denn theils ist dawider das Prinzip: **res propriæ nemini servit**, theils wie es scheint der natürliche Gedanke, daß ja das Eigenthum besser ist als ein bloßes Pfandrecht. Allein gerade das Letzte ist verkehrt, und daher haben es auch die Gesetze mit dem ersten an sich wahren Prinzip nicht so genau genommen und manche Ausnahmen gemacht; das Eigenthum als solches schützt nämlich nicht gegen hypothekarische Ansprüche, sondern begründet diese vielmehr, weil gerade das Pfandrecht als dingliches **jus in re aliena** gegen jeden Eigenthümer geht. Ist dagegen Jemand in der Konkurrenz mehrer Pfandgläubiger der bessere, so müssen ihm als **potiori** die **infirmiores** weichen, und wenn er die Pfandsache veräußert, so vernichtet er damit alle Pfandrechte der schlechteren Pfandgläubiger. So ist denn in der Collission mit Pfandgläubigern ein **pignus potius** viel besser als das Eigenthum an der Sache, daher haben denn hier auch die Gesetze in manchen Fällen ein **quid pro quo** angenommen und einem Eigenthümer gleichsam ein Pfandrecht an seiner Sache gestattet. Der bekannteste Fall dieser Art kommt vor in

L. 3. C. de his qui in priorum locum (8, 19.)

Ad voc. Der vorgehende.

Weil in den Gesetzen fast immer nur von dem **jure offerendi** des **creditor infirmior** gegen den **potior** die Rede ist, so meinen Manche, es sey dieß ein **singulare**, welches als solches nicht ausgedehnt werden dürfe, also habe nicht umgekehrt der **potior** gegen den **infirmior** das **jus offerendi**. Linde **not. k. cit.** Allein die entgegengesetzte Ansicht hat doch für sich die Billigkeit, so wie **Pauli sententiae lib. 2. tit. 13. §. 8. — L. 5. C. qui potiore (8, 18.)** und ist auch jetzt sehr gut wieder vertheidigt von

Müller civilist. Abhandlung. 1. Thl. Nro. 2.

§. 801.

Ad voc. Allein nach allen folgenden gesetzlichen Regeln.

Da es höchst vortheilhaft ist, wenn Jemand im Konkurse **jura separationis** hat, so wurden von unsern mitleidigen Praktikern mehrere Separationsrechte ersonnen, welche das **Comp.** nachher verwirft und zum Theil gegen die gemeine Meinung der ältern Juristen mit gutem Erfolg verworfen hat. Diese Fälle sind nun folgende:

1) wenn **A** an seiner Sache dem **B** ein privilegirtes Pfandrecht bestellt, wenn darauf **A** diese Sachen an **C** verkauft und nun der **X** von **C** ein privilegirtes Pfandrecht an jener Sache gewinnt, so soll nach jener älteren Ansicht, wenn **C** in Concurs fällt, der alte Pfandgläubiger **B**, obgleich er nicht privilegirt ist, dem jungen **privilegiato X** vorgehen, weil sein älteres **jus quaesitum** durch **C** nicht habe gebrochen werden können. Der Verfasser des **Comp.** erinnerte nach **not. p.** dagegen, dieß Raisonnement sey passend für ein Hypothekensystem, welches absolut dem älteren Pfandgläubiger vor dem jüngeren den Vorrang gebe, aber es sey ganz inkonsequent in Beziehung auf das neue römische Recht, welches privilegirte Hypotheken habe, dem jüngeren **privilegiatus** dem älteren nicht **privilegiatus** vorziehe und daneben den Grundsatz anerkenne, daß Alles, was der Vorgänger habe thun können, auch dem Nachfolger erlaubt sey, wenn also **B** spätern **creditoribus privilegiatis** des **A** habe weichen müssen, so müsse er ebenfalls gegen die **creditores privilegiatos** des **C** zurückstehen. Dieß ward nun von Hepp **not. q. cit.** angegriffen, aber gegen ihn vom Verfasser des **Comp.** in dem **not. q.** citirten Archiv wieder vertheidigt, welches denn auch gebilligt ist von Glück 19. Bd. S. 290. 292. Schweppe 2. Bd. S. 321. Auch ein Theil des Zellischen Oberappellationsgerichts ließ es gelten.

2) Wenn **A** seine Sachen **sub reservata hypotheca** an

B verkauft und B nachher Pfandrechte auf die Sache legt, so soll nach der Meinung vieler Praktiker der A allen Pfandgläubigern des B vorgehen, weil sich A im Voraus gleichsam eine Hypothek abgestreift habe, und weil B das jus quaesitum des A nicht habe brechen können. Allein es paßt dieß wieder nicht zu dem neueren System der privilegirten Hypotheken, und ist auch noch dazu ganz unjuristisch. Denn eine hypotheca in re propria giebt es in der Regel nicht, und daher ist hier auch nach den klaren Gesetzen in not. s. die Hypothek des A anzusehen, als ob er sie erst nach Vollendung der Veräußerung der Sache von B erworben hätte.

3) Für die nachher im Comp. erwähnte Behauptung Mancher, daß der Pfandinhaber einer Schuldurkunde ein jus separationis habe, giebt es schlechthin keinen Rechtsgrund. Denn als Pfandgläubiger muß er sich nach den für alle Pfandgläubiger geltenden Regeln kollociren lassen, und der creditor infirmior bekommt ausgemacht nie durch den Besitz einer Pfandsache ein Vorrecht gegen creditores hypothecarios potiores.

§. 803.

Ad voc. Welche Abgaben schuldig bleiben.

Unsere Juristen haben das Legalpfand, welches der Fiskus gewiß als ein legale ob tributa hat — L. 1. C. in quib. caus. (8, 15.) — von jeher als ein privilegiatum behandelt, welches dennoch dazu so privilegirt sey, daß es allen andern privilegirten Hypotheken vorgehe, woraus denn Viele sogar ein Separationsrecht machten, in der Art, daß der Fiskus als creditor creditorum zu behandeln sey. Das Letzte läßt sich offenbar nur in dem einen Fall sagen, wenn Beide dasjenige Grundstück erwerben, worauf die Grundsteuer ruhte. — L. 7. de public (39, 4.) L. 36. de jure fisci (49, 14.) — Das privilegium hat man nun stets abgeleitet aus L. 1. C. si propter publicus (4, 46.) Weil indeß Justinian in Nov. 97., wo er die Rangordnung des Totalpfandrechts der Frau bestimmt, das fiskalische Pfandrecht gar nicht erwähnt

so behauptet Wächter not. z. cit., jenes Legalpfand des Fiskus sey gar kein privilegiatum, und man müsse die L. 1. C. cit. von einem Pfandrechte des Fiskus verstehen, welches älter als die andern sey, und damit nach gemeinem Recht vor jüngeren unprivilegirten Pfandrechten einen Vorzug gewinne.

Ad voc. Nach dem Kontrakt erworbenen Gütern.

Viele läugnen, daß der Fiskus an den Gütern, welche sein Kontrahent nach dem Kontrakt erwarb, irgend ein Vorrecht habe, und zwar wegen L. 21. qui pot. (20, 4.), welche aber, wie sich im Diktate zu §. 806 zeigen wird, unsern Fall gar nicht berührt. Andere geben dagegen dem Fiskus an den bonis postea quaesitis ein pignus privilegiatum, und zwar wegen L. 28. de jure fisci (49, 14.) Ueber das letzte Fragment ist unendlich viel geschrieben, doch ist es wohl gewiß am richtigsten, wenn man mit Hepp in Roßhirts Zeitschrift 3. Heft S. 365. 366. sagt: der Fiskus ist in Ansehung der nach dem Kontrakt erworbenen Güter zwar begünstigt, aber ein pignus privilegiatum ist ihm an diesen Gütern nicht gegeben, sondern nur das ist hier dem Fiskus nachgelassen, daß sein Pfandrecht als älter angesehen werden solle wie das der übrigen Pfandgläubiger seiner Kontrahenten, durch welches Antidatiren denn der Fiskus zwar noch kein privilegium bekommt, aber doch gegen unprivilegirte Pfandgläubiger die Vortheile gewinnt, welche nach gemeinem Recht aus dem ältern dato folgen. Die Neigung des Fiskus zu solchen Kniffen, wobei er höheren Orts unterstützt ward, ergiebt sich auch ganz klar aus L. 2. de reb. eorum (27, 9.)

§. 805.

Ad voc. „Nicht bloß für die Concurrenz simpler."

Die lateinische Vorschrift in L. 11. C. qui potiores (8, 18.) über den Vorrang des pignoris publici und quasi publici vor Privatpfandrechten wird von Manchen bloß auf Conventionalpfänder bezogen, so daß es also für alle andere Pfän-

der im Verhältniß zu einander und zu jenen öffentlichen Pfändern, bei den gewöhnlichen Regeln bleiben soll. Allein daraus entsteht volle Inkonsequenz und Verwirrung. Da nun auch das **ex instrumento vindicare** in **L. 11. C. cit.** auf jedes Pfandrecht bezogen werden kann, dessen Daseyn durch öffentliche Instrumente erwiesen wird, und da das Daseyn jedes einzelnen Pfandrechts immer ein Beweis der Thatumstände erfordert, wodurch es entstand, so sagten bisher die mehrsten Theoretiker und Praktiker, daß die Eintheilung **in pignora publica** und **privata** für alle Arten der Pfänder anzunehmen sey. Am besten hat dieß neuerlich Löhr **not. m. cit.** ausgeführt, doch verdient es keinen Beifall, wenn er meint: ein mündliches Gericht oder vor 3 Zeugen bestelltes Pfand sey nicht als **publicum** oder **quasi publicum** zu behandeln. Denn es ist ja sonst überall Regel, daß Zeugen ganz als **idonea instrumenta** gelten.

Mühlenbruch **Pand. tom. 1. §. 418. 419.**

§. 806.

Ad voc. Vom Tage der Existenz der Bedingung.

Im Ganzen leidet dieser Hauptsatz und die demselben hinzugefügte Ausnahmen keinen Zweifel, wie schon im Diktat zu §. 92 gezeigt ist. Allein dabei entsteht noch die Frage: von welchem Augenblick ist das Pfandrecht zu datiren, wenn es auf Sachen gerichtet war, welche der Verpfänder erst nach der Verpfändung erwirbt? Für den Fall, wenn Jemand eine **res aliena simpliciter** verpfändet, welche er nachher erwirbt, haben wir nach Diktat zu §. 791 eine sonderbare Entscheidung des Africanus zufolge welcher von einer Collision des ältern und jüngern Pfandgläubigers nicht die Rede seyn kann, weil hier vorläufig bloß das Pfandrecht des ältern anerkannt wird. Allein wie wird es in den übrigen Fällen, also wenn Jemand bedingt seinen künftigen Erwerb einer **res aliena**, also auch beim Generalpfande seine künftigen Güter oder künftigen Früchte seiner Sache verpfändet, ältere und jüngere Pfandgläubiger ihre Rechte geltend machen? Ein bestimmtes Gesetz fehlt

leider darüber. Die Mehrsten nahmen bisher an, daß sie bei solchen Sachen vom Augenblick des Pfandvertrags zu datiren sind, welche Ansicht der Praktiker auch wieder gebilligt ist in Fritz Erläuterung. 2. Heft S. 414—419., und wodurch auch in Konkursen unendliche Weiterungen vermieden werden.

§. 808.

Ad voc. Von dem förmlichen Konkurse, und im letzten Fall.

Es ist ganz offenbar, daß diese beiden Einschränkungen gemacht werden müssen, und zwar die letzte, weil die Verpflichtung, einen Andern beerdigen zu lassen, eine rein persönliche ist, und insofern mit dem Tode erlischt, die erste aber, weil mit dem förmlichen Konkurse die Masse den Gläubigern zufällt und neue, nach dem Konkurs entstehende Forderungen hier nicht angebracht werden können. Zwar meinen Manche, wegen der Allgemeinheit der **L. 14. §. 13. de religios. (11, 7.)** müsse man annehmen, daß der nach dem Konkurse gestorbene Gemeinschuldner aus der Masse zu beerdigen sey. Allein das Gesetz paßt wegen der Worte: **quisque de suo** nicht hieher, da mit der **cessio bonorum** die Masse auf die Konkursgläubiger übergeht, wenn auch der Gemeinschuldner nach **L. 3. 5. de cessione bonorum (42, 3.)** nachher noch ein gewisses Einlösungsrecht hat.

Ad voc. Erbgelder.

Unter Erbgeld im eigentlichen Sinn versteht man den Fall, wenn ein Miterbe seine Rechte an erbschaftlichen Sachen den andern Miterben gegen eine Geldsumme überläßt, welcher Vertrag denn im Grunde eine **venditio** ist. Viele unserer Praktiker geben nun dem Miterben, welcher solche Erbgelder zu fordern hat, ein **jus separationis**, oder wenigstens ein Vorrecht für die erste Klasse am Konkurse, wie es auch manche Statute gethan haben. Allein man kann nach römischem Recht nur so sagen: wenn das Ueberlassen nicht auf Credit geschah, so bleibt dem credirenden Miterben sein Eigenthum, und insofern kann er wegen der abgetretenen Sachen nach §. 801 als Vindicant

auftreten. Gab er dazu Credit, so hat er höchstens nur ein privilegirtes Pfandrecht für die zweite Klasse an den abgetretenen Sachen, aber auch dieß nach §. 788 nur dann, wenn er sich ein Pfandrecht bedungen hat.

§. 810.

Ad voc. Doch widerstreiten sich die Gesetze hier mehrfach.

Die Hauptstellen über diesen Punkt sind auf der einen Seite zwei aneinander gereihte Fragmente von Ulpian und Papinian — **L. 7. §. 2. 3. L. 8. de posit (16, 3.)** — und auf der andern Seite Ulpians Aeußerung in **L. 24. §. 2. de reb. auct. jud. (42, 5.)** Es entstehen daraus große Schwierigkeiten. Will man sagen, sie reden nur von **numulariis, mensulariis und argentariis**, welche wir nicht mehr haben, so ist praktisch keine Verlegenheit. Allein die Praxis hat sie nun einmal auf alle **depositа** angewandt, und da ist die Noth ziemlich groß. Denn wenn das Geld auch existirt, so ist der Deponent Eigenthümer, hat also **ex jure communi** eine **vindicatio**, und doch nennt dieß Papinian ein Privilegium. Existirt aber das Geld nicht mehr, so gestattet Ulpian dem Deponenten in dem ersten Fragment ein Vorrecht **ante privilegia**, also den ersten Platz in der vierten Klasse; hingegen im letzten Fragment ein Vorrecht **post privilegia**, also den letzten Platz in der vierten, oder wenn man will den ersten Platz in der fünften Klasse. Mit unsäglichen Künsteleien hat man dagegen operirt, auch Neustetel **not. q. cit.**, welcher die älteren Versuche verwirft, thut es wieder auf eigene Art, indem er freilich durch den gewöhnlichen Sprachgebrauch unterstützt — das Wort **depositum** in **L. 7. §. 2. 3. cit.** nicht auf den Deponirenden bezieht, sondern auf denjenigen, bei dem die Sache deponirt war, womit er denn zu ganz widersinnigen Resultaten führt, wie jetzt Emerich **not. q. cit.** am besten gezeigt hat. Der Widerspruch der Gesetze ist mithin klar, und höchstens kann man nach der Regel: **in dubiis res redigenda est ad minimum** diejenige Aeußerung

Ulpians vorziehen, wonach der Deponent ein privilegium post privilegia hat, wie es auch am Ende des §. 810 geschehen ist.

§. 813.

Ad voc. Natürlich nicht gegen den Dritten angestellt.

Es giebt Manche, welche die **actio pignoratitia** dem Pfandgläubiger auch gegen dritte Besitzer gestatten. Allein dieß führt zu einem **monstro in jure**, daß die **actiones in personam** als solche, nicht als **actiones in rem** gegen Dritte angestellt werden können. Die Gegner berufen sich zwar auf **L. 13. pr. de pignoratitia actione (13, 7.)**, aber ganz verkehrt. Dieß Fragment redet nämlich bloß von dem Fall, da der Pfandgläubiger bei dem Verkauf der Sache durch ein Nebenpactum ausgemacht hatte, daß der Käufer auf Verlangen die Sache an den Pfandgläubiger herausgeben solle, und da konnte die Klage des Letzten, als eine Klage des Mandans, aus den Handlungen seines Mandatars betrachtet werden, indem überhaupt der Pfandgläubiger bei der Veräußerung ebenso zum Besten des Pfandschuldners handeln muß, als ob er von demselben ein **procuratorium** bekommen hätte. Etwas ähnliches enthält auch nur **Cap. 6. X. de pign. (S, 21.)** für den Fall, wenn der erste Pfandgläubiger die Sache weiter an einen zweiten verpfändet, wo nach jener Dekretale der Pfandschuldner, wenn der erste Pfandgläubiger befriedigt ist, von dem zweiten Pfandgläubiger die Sache abfordern kann, weil nun der Letzte gar kein weiteres Pfandrecht hat, bisher nur den Namen des Afterverpfänders besaß und nach der Regel: **resolutio jure dantis resolviter jus accipientis** seine Pflicht zur Restitution anerkennen muß.

§. 815.

Ad voc. Außerdem kann ꝛc.

Das **Comp.** berührt hier unter **a b** die sogenannte **exceptio excussionis**, d. h. die dem klagenden Pfandgläubiger entgegengesetzte Einrede, daß er sich zuvörderst an etwas An-

deres halten solle, welche Einrede man wieder in die exceptio excussionis realis und personalis einzutheilen pflegt.

1) **Exceptio excussionis realis** ist der Fall, wenn der Pfandbesitzer vom klagenden Pfandgläubiger verlangen kann, daß derselbe sich zuvörderst an andere ihm verpfändete Sachen halten solle. Dieß findet statt nach §. 785, wenn mit dem Generalpfande ein Specialpfand verbunden ist, so wie nach §. 798, wenn gefodert wird, daß der Pfandgläubiger dasjenige aus Humanität zuerst nicht angreifen solle, was dem Beklagten das Unentbehrliche ist.

2) **Exceptio excussionis personalis**, d. h. wenn der dritte Pfandbesitzer der **actio hypothecaria** des Gläubigers entgegensetzt, daß derselbe erst andere Personen auszuklagen habe. Früher fand diese Einrede nicht statt, aber in **Nov. 4. cap. 2.** gab Justinian dem dritten Besitzer der Pfandsache die **exceptio excussionis** dahin, daß er verlangen kann: der Pfandgläubiger solle zuerst gegen den Hauptschuldner, dessen Bürgen und die Besitzer der von den ersten und letzten verpfändeten Sachen auf Befriedigung klagen. Die Praktiker haben dieß noch wieder durch Billigkeitsausnahmen zu entfernen gesucht.

Gesterding Pfandrecht S. 389 — 397.

§. 816.

Ad voc. Interdictum Salvianum.

Das **interdictum Salvianum** war ursprünglich nur dem Verpachter gegeben, wenn er sich an den **illatis** des Pächters ein Pfandrecht bedungen hatte; doch fand dieß Interdikt nur statt gegen den Pachter, aber nicht gegen dritte Besitzer. Gaj. **IV. 147. §. 3. J. de interdictis (4, 15.)** und Theophilus **ibidem.** Indeß gestattete Julianus auch gegen den Successor des Pächters ein **interdictum utile Salvianum.** — **L. 1. h. t. (43, 37.)** — Andere Pfandgläubiger hatten es also nicht. Allein in **L. 1. C. h. t. (8, 9.)** giebt Gordian das Interdikt jedem Pfandgläubiger, wie der Schluß des Gesetzes klar beweist, aber er giebt es nur gegen den Verpfänder selbst,

also nicht auch gegen dessen Successor. Dieß hat nun Cujac. observ. Lib. 5. cap. 24 vereinigen wollen, indem er sagt: der Codex rede von dem gewöhnlichen Interdikt, aber die Pandekten sprechen von dem utile Salviano. Dieß letzte habe also der Verpächter gegen jeden Dritten, nach Julians Idee und andern Pfandgläubigern sey kein quasi salvianum gegeben. Allein dann hatte Gordian nicht absolut sagen können, der Gläubiger habe gegen Dritte nur die actio serviana vel quae ad exemplum ejus instituitur, d. h. die Quasi-Serviana — §. 814. — auch hatte er, wenn es keine Ausdehnung des Salviani auf andere Gläubiger gab, nicht sagen können adversus conductorem debitoremne. Erwägt man, daß die Ausdehnung auf alle Pfandschuldner ebenso natürlich war, wie das Einführen der actio quasi Serviana, daß die Gestattung eines Interdikts gegen Dritte den gewöhnlichen Regeln über Interdikte widerstreitet, daß wir oft erst aus den Constitutionen erfahren, wie sich später ein Institut ausbildete und daß dann Justinian der Geschäfte wegen die Klassiker in den Pandekten doch ihre abweichende Ansichten erzählen läßt, so hat hier doch die im Comp. gebilligte Theorie der Praktiker überwiegende Gründe für sich. Dennoch hat Zimmern not. i. cit. die Idee von Cujac. wieder vertheidigt, aber mit gefährlichen Argumenten, indem er will, daß man jenes conductorem debitoremne pleonastisch nehme und bloß auf den conductor beziehe, und die Worte: Servian. actione, vel quae ad exemplum institut. so übersetzen soll, als ob der Kaiser sich selbst korrigirte und sagen wollte: Du hast gegen Dritte die actio serviana, oder wenn ich mich recht bedenke, die actio quasi serviana, wo man denn begreifen kann, wie der Kaiser selbst coram populo einen Fehler korrigiren mochte, den er vor der Publikation des Gesetzes besser ausstreichen konnte. Der Verfasser des Comp. hat gegen Zimmern im Archiv für civil. Praxis 11. Bd. 1. Hft. Nr. 7 alles Mögliche gesagt, worüber ihm auch beigetreten sind Savigny Zeitschrift 6. Bd. 1. 2. Hft. S. 269. und Hepp in der allgemeinen Litteraturzeitung 1832. S. 632—636. — Indeß hat nach

Zimmern wieder Huschke not. i. cit. die Behauptung vertheidigt, das interd. Salvianum stehe nach wie vor nur den Verpachtern zu, aber auch gegen alle successores des Pachters. Gefunden sind diese Resultate nur durch Suppositionen über den angeblichen Geist des ältern Rechts und künstliches Subintelligiren bei L. 1. c. cit. so wie bei Paulus sententiae V. b. §. 16. und dann noch durch die Nebenbemerkung, daß nach §. 895 das interdict. quod legatorum wirklich gegen den Successor geht. Allein es ist dieß eine Eigenheit dieses Interdikts, ganz gegen die gewöhnlichen Grundsätze der Interdikte, welche sonst immer eine persona obligata voraussetzen und kann also nicht logisch ausgedehnt werden, zumal die L. 1. C. cit. in Betreff des interdicti Salviani ganz klar gegen eine solche Ausdehnung ist.

§. 817.

Ad voc. Selbst in Rücksicht des säumigen Schuldners.

In L. 6. pr. h. t. (20, 6.) ist bestimmt gesagt, daß das Pfandrecht nach Ablauf der gesetzten Zeit ipso jure erlösche, welches sich auch schon nach der Vernunft von selbst versteht. Dennoch hat Leyser not. v. cit behauptet, wenn der Schuldner saumselig sey, so daure das Pfandrecht auch über die Zeit hinaus, für welche er dasselbe bestellt habe, weil einer Person ihre eigene culpa nicht zum Vortheil gereichen dürfe. Allein dieß Raisonnement rechtfertigt seine Hauptidee nicht. Denn aus der mora folgt nichts weiter, als daß der debitor dadurch seine Gläubiger nicht schaden darf, also auf das Interesse und Verzugszinsen belangt werden darf und kann. Allein nirgends haben die Gesetze den unklugen Satz, daß der creditor durch die mora seines Schuldners ipso jure Pfandrechte bekommt, welche ihm an sich gebühren.

§. 818.

Ad voc. Zu einer weitern Verpfändung.

Manche meinen, der Pfandgläubiger, welcher bloß zu einer weitern Verpfändung einwilligt, verliere dadurch nicht

sein Pfandrecht überhaupt, sondern gegen den neuen Pfandgläubiger nur seine Priorität, und zwar wegen **L. 12. §. 4. qui pot. (20, 4.)** Allein in diesem Gesetz steht ja nur, daß man vor Allen zusehen solle, ob der einwilligende Pfandgläubiger dieß oder jenes gewollt habe. Für den Fall aber, wenn man dieß nicht sieht, sagt aber **L. 12. pr. quibus modis pignus solvitur (20, 6.)** daß durch die Zustimmung das ganze Pfandrecht gehoben werde. Völlig aus der Luft gegriffen ist es aber, wenn Thomasius **not. q. cit.** jene beide Gesetze durch folgende noch dazu sinnlose Regel vereinigt: Wer zustimmt, daß seine Sache an eine spezielle Person veräußert werde, der begiebt sich nur der Priorität, wer aber unbestimmt erlaubt, daß die Sache an andere Personen verpfändet werde, der verliert damit sein ganzes Pfandrecht.

Ad voc. Mit Wissen, aber ohne Zustimmung desselben.

So viel ist nach den vorhin zu §. 818 cit. Gesetzen ausgemacht, daß das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger positiv — **specialiter** — durch Worte oder **facta** dem Pfandschuldner die Veräußerung der Sache erlaubt. Allein gesetzt er schweigt bloß wissentlich zu einer Veräußerung. Hier haben die Römer nach §. 110 ganz konsequent das Prinzip: Sein Schweigen schadet ihm nicht, wenn er nicht wieder sprechen durfte, also wenn der Schuldner Pfandsachen veräußert, welche er einseitig veräußern darf, nämlich ein **immobile** und Stücke von einem **pignore generali**, dagegen verliert der Gläubiger sein Pfandrecht, wenn er ohne Widerspruch eine an sich dem Pfandschuldner verbotene Veräußerung geschehen läßt. Ein solches Verbot existirt aber nun bloß nach **not. p.** in Beziehung auf das **pignus speciale rei imobilis**, welches zwar Gesterding S. 155—157 nicht glauben will, aber gegen **L. 19. §. 6. L. 66. pr. de furtis (47, 2.)** worin es geradezu für ein **furtum** erklärt wird, wenn der Pfandschuldner eine speziell verpfändete **res mobilis** einseitig veräußert.

Zweiter Theil.

Ueber dingliche Sachenrechte, deren Gegenstand eine universitas ist.

Erbrecht.

§. 819.

Ad voc. Erbe.

Die Lehre vom Erbrecht beruht zunächst darauf, daß man die Ausdrücke, Erbe, Legatar und Fideikommissar gehörig verstehe, worüber denn folgendes zu bemerken ist. Gewöhnlich pflegt man den deutschen Ausdruck Erbe und den römischen **heres** als ganz identisch zu gebrauchen, obgleich dieß der klassischen Latinität nicht gemäß ist. Wenn nämlich Jemand einem Verstorbenen succedirt, so sind diese zwei Fälle denkbar.

1) Es gehen nicht bloß **activa** des Erblassers auf ihn über, sondern auch dessen Passiva, so, daß er als voller Repräsentant des Erblassers betrachtet wird. In diesem Fall nennt man ihn nun jetzt im Allgemeinen Erbe oder **heres**. Allein das Recht **heres** hat einen engern Sinn. Es bezeichnet eigentlich nur den, welcher nach Civilgesetzen einen Verstorbenen ohne Mittelsperson auf jene Art succedirt in **activa** und **passiva**. Unterschieden ist also vom **heres**

A) der Universalfideikommissar, worüber in folgender Anmerk. genauer zu handeln seyn wird. Dieser succedirt zwar nach §. 938 auch in die Schulden, aber zuerst geht doch die Masse auf den Fiduciar und erst per restitutionem auf den Fideikommissar; auch sind die Fideikommisse ein neueres Institut, wobei die Römer nicht gern die alten Namen gebrauchten. Der jetzt sogenannte Fideikommiß=Erbe wird also von den Römern nie **heres** genannt, sondern nur **fideicommissarius.**

B) Auch das Edikt gab später manchen Personen ein Erbrecht. Diesen prätorischen Erben, welche zwar in Betreff der Verpflichtungen und Rechte den eigentlichen **heredibus** im Ganzen gleich standen, werden aber von den Römern niemals **heredes** genannt, sondern immer **bonorum possessores**, während sie unsere Juristen **heredes praetorios** zu nennen pflegen. Auch ist hier wieder die römische Terminologie leicht erklärt, weil man den neuen Instituten und namentlich denen des Edikts nie den civilistischen Kunstnamen beilegte, wie man schon sehen kann aus der Lehre von den **pactis legitimis** im Gegensatz der Kontrakte, und der **praescriptio** im Gegensatz der **usucapio.**

2) Wenn Jemand einem Verstorbenen nur in **activa** succedirt oder von dem Erben nur **activa** bekommen soll, so heißt er immer nur **legatarius** oder **fideicomissarius**, je nachdem die Formel verschieden ist, wie die folgende Anmerk. zeigen wird. Bei einem solchen Legatar kann denn auch der Fall vorkommen, daß ihm bloß eine ideale Größe hinterlassen wird. Allein nach §. 904 ist hier doch immer das Eigene, daß der Legatar als bloßer Nachfolger in **activa** von den Gläubigern nicht wegen der Schulden belangt werden kann,

Buchholz juristische Abhandlung. S. 164—168.

so wenig als der Legatar, dem der Testator für das Legat die Bezahlung einer Schuld auflegte.

L. 69. §. 2. de legat I. 30.

§. 820.

Ad voc. Als absoluter Befehl, oder als Bitte.

In den neueren Zeiten war die Idee ziemlich herrschend, daß nach römischem Recht ein legatum dann vorhanden sey, wenn eine Sache nach dem Tode des Erblassers vermöge der Disposition desselben unmittelbar auf eine andere Person übergehe, daß hingegen ein Fideikommiß dann anzunehmen sey, wenn etwas vom Erblasser erst auf einen Dritten übergehe und nachher von diesem wieder einem Vierten zu überlassen sey, daß mithin der Unterschied zwischen Legaten und Fideikommissen auf dem unmittelbaren oder mittelbaren Uebergang beruhe. Nach dieser Idee wird auch ein berühmter Rechtsfall entschieden, welcher in

Pufendorf observ. tom. 4. cap. 9.

vorkommt. Man muß aber diese Idee durchaus verwerfen und es sind dagegen ganz indirekt entscheidende Gründe. Denn so wird z. B. beim **legato conditionato** der Erbe **pendente conditione** Eigenthümer der legirten Sache und erst hinterher, wenn die Bedingung eintritt, geht von ihm das Eigenthum auf den Legatar über. Dasselbe fand statt bei dem alten **legato per damnationem** — §. 897 — weil hier der Legatar nur eine Personalklage **ad solvendum legatum** hatte.

L. 18. de servit. (8, 1.)

Dazu kommt, daß der Testator eigene Sachen des Erben und Sachen eines Dritten sowohl in der Eigenschaft eines Legats als eines Fideikommisses hinterlassen kann.

§. 4. I. de legatis §. 1. I. de verb. sign. (4, 20.)

in welchen beiden Fällen denn offenbar von einem **immediato** und **mediato** gar nicht die Rede seyn kann. Nach dem System der Klassiker war der Unterschied nur formell. Das alte

Recht kannte nämlich außer der **heredis institutio**, nichts als das Hinterlassen bloßer **activorum**. Bei der römischen Derbheit werden denn solche **activa** mit befehlenden Worten also in der Form einer **lex** hinterlassen und daher hießen denn solche Vermächtnisse **legatum**. Wie nun aber die Römer überhaupt ihre steifen Formeln liebten, so wurden denn auch für Legate die in §. 897 erwähnten 4 Formeln erfunden. Weil die Legate unter strengen Prinzipien standen, namentlich darin, daß vielen Personen z. B. den **peregrinis** nichts legirt werden konnte, so suchte man später auszuweichen und bat den Erben, eine gewisse Auflage zu erfüllen, wo dann der gebetene Erbe, auf dessen Gewissen sich der Testator verließ, **fiduciarius**, der bittende **testator fideicommittens** und der zu dessen Besten gebeten war, **fideicommissarius** hieß. Später als die Nation abgeschliffen ward, fanden sich auch oft in Testamenten bloße Bitten, wo der **testator** hätte befehlen können, und wo denn nach der Strenge der **fiduciar** nicht hätte gezwungen werden können, weil bei Fideicommissen Alles dem Gewissen desselben überlassen blieb.

Hier griff man nun zu Augusts Zeiten ein und es ward angenommen, daß auf Erfüllung einer Bitte eben so gut geklägt werden könne, als auf Erfüllung eines Befehls. Allein der innere Unterschied blieb doch immer, daß ein Befehl in civilistischen Worten **legatum** hieß, eine Bitte um Leistung aber **fideicommissum**, wobei man jedoch die befehlenden Worte, welche in den alten 4 Formeln der Legate nicht vorkommen und insofern als unjuristisch gelten, den bittenden Worten ganz gleich setzte, wie z. B. die Worte **volo** oder **mando**. In

L. 26. com. de legat. (6, 43.)

hat nun zwar Justinian im Ganzen in Betreff der Wirkungen die Fideikommisse den Legaten gleichgesetzt. Allein ihr Begriff bleibt unverändert, indem ja eine Bitte eine Bitte ist und bleibt, auch wenn man sagt, daß sie so erzwingbar seyn soll wie ein Befehl. Nur das kann man sagen, was bisher noch nicht gesagt ist, daß jetzt alle **teutsch** geschriebenen

Vermächtnisse durchaus Fideikomisse zu nennen sind, weil sie nicht in den 4 alten lateinischen Legatsformeln errichtet sind und weil die Römer jede befehlende Auflage ein Fideikommiß nannten, wenn sie nicht in die in §. 897 erwähnten 4 Legatsformeln eingekleidet war. Dieß vorausgesetzt unterscheide man nun so:

1) Der Testator giebt einem onerato auf einzelne Sachen zu zahlen, geschieht dieß befehlend in den alten 4 Formeln, so ist es ein legatum, geschieht es aber in einer bittenden Formel, so ist es nach unserer Sprache ein fideicommissum singulare.
2) Der Testator befiehlt oder bittet einen idealen arithmetischen Theil der Masse pars quota herauszugeben, z. B. $\frac{1}{4}$ oder $\frac{1}{3}$. Dann ist im ersten Fall ein legatum partitionis vorhanden — §. 904. — im letzten aber ein jetzt s. g. fideicommissum particulare.
3) Der Testator befiehlt alle Güter herauszugeben. Weil nach den Ideen der Römer ein Legat nur eine delibatio massae seyn soll, so ließ man ein solches legatum omnium bonorum nicht zu, und daher ward im Zweifel das legatum partitionis nur auf die Hälfte der Masse gesetzt.

L. 116. pr. de legat. I. 30.

L. 164. §. 1. de v. S. (50, 16.)

Ein Fideikommiß, d. h. die Bitte alle Güter zu restituiren, welches man jetzt fideicomissum universale nennt, war dagegen erlaubt.

§. 2. J. de fideic. hereditat. (2, 43.)

Da aber nach Justinians Vorschrift auf die Worte nichts mehr ankomme und die Wirkung der Legate und Fideikommisse gleich groß seyn soll, so kann auch der Befehl, alle Güter zu restituiren, erhalten werden.

Uebrigens nennen die Römer unser jetzt s. g. fideicommissum singulare entweder singulare res per fideicommissum relicte oder fideicommissum speciale; hingegen das, was wir fideicommissum particulare

und universale als getrennt behandeln, vereinigt mit einem Worte fideicommissoria hereditas oder fideicommissum universale, so daß also das letzte bei ihnen auch das jetzt sogenannte fideicommissum particulare begreift.

§. 820.

Ad voc. In allen Rücksichten als Legatar.

Man kann einen Erben mit 3 verschiedenen Formeln einsetzen, nämlich:

1) als indefinite scriptum, wenn der Testator nur unbestimmt die Person berufen hat. Z. B. A soll mein Erbe seyn. Hier ist nun nach §. 871. ein einziger so Berufener als Universalerbe zu behandeln, und wenn Mehrere gleicher Art neben ihm berufen wurden, so ist die Masse unter die Konkurrenten nach Köpfen zu theilen.

2) Sind Erben auf arithmetische Theile — **partes quotas** — z. B. $^1/_4$, $^1/_3$ ꝛc. eingesetzt, so bekommen sie ihren arithmetischen Theil und was übrig bleibt, das fällt ihnen nebenbei noch vermöge des **juris accrescendi** zu, oder wird den **coheredibus in parte indefinita script.** zugetheilt, wie es in §. 871 angegeben ist.

3) Ist ein Erbe **in re certa** eingesetzt, z. B. A setze ich zum Erben ein auf mein Wohnhaus, so bekommt er, wenn keine Art von Miterben da ist, jene **res certa** und dazu auch noch nach der Regel in §. 824 die ganze übrige Masse. Dasselbe gilt nach §. 871, wenn mehrere bloß **in re certa scripti** sind, z. B. der Testator sagt: A setze ich ein auf mein Wohnhaus, den B auf meinen Garten, und den C auf meinen Weinberg. Hier bekommen nun A, B, C jeder die ihm angewiesene **res certa** als ein Prälegat und den Rest der Masse theilen sie **in capita**. Allein es kann hier auch ein **casus mixtus** aus der Verbindung der obigen 3 Fälle unter Nr. 1, 2, 3 entstehen. Z. B. der Te-

stator sagt, A soll mein Erbe seyn auf $^1/_3$, den B setze ich zum Erben ein auf mein Wohnhaus. Hier ist nun im Ganzen über $^2/_3$ der Masse nicht disponirt und diese $^2/_3$ müssen doch nach §. 824 den Testamentserben ebenfalls zugetheilt werden. Wie soll dieß nun aber auf A und B geschehen? Hier ist nun ein großes Problem: denn was offen gelassen ist, kann man doch nur pro rata unter die Miterben austheilen. Wo nun Jemand nach einer arithmetischen Größe gerufen ist, da giebt es auch für die vacantia einen festen Vergleichspunkt, wie man z. B. wenn der Testator den A auf $^1/_4$ oder den B auf $^2/_4$ rief, aber über das letzte $^1/_4$ nicht disponirte, sehr leicht sagen kann: Es ist an A und B pro rata der Größe ihrer Erbportionen auszutheilen, also an A zu $^1/_3$, an B zu $^2/_3$. Allein eine res singularis läßt sich mit einer arithmetischen Größe nicht vergleichen, wie z. B. die Frage ganz absurd wäre, wie sich die Zahl 17 zu einem großen Pferde verhalte. Auch kann hier durch eine Taxe der Erbmasse kein fester Vergleichspunkt herausgebracht werden, weil die Erbmasse ein fluctuens ist und heute oder morgen bald so oder so erscheint, je nachdem sich neue activa und passiva entdecken. Daher ist in

L. 13. C. de heredib. instituendis (6, 24.)

des Nothstandes wegen der Knoten zerhauen durch die Vorschrift: der heres in re certa soll neben coheredibus anderer Art als bloßer Legatar betrachtet werden, mithin für die Schulden nicht haften, keine actiones hereditarias haben und am jure accrescendi keinen Theil nehmen. Schlagen indeß die andern coheredes aus, so muß man ihn freilich eben so behandeln, als ob er in re certa eingesetzt wäre und ihn dann nach den obigen Prinzipien unter Nr. 3 behandeln, da es im Ganzen einerlei ist, ob ein Erbe gar nicht gerufen werde oder gar nicht zur Succession kommt. Allein hier hat nun

Nov. 115. cap. 3. 5.

manchen Ausleger Schwierigkeit gemacht und zu wunderlichen Conjekturen veranlaßt, weil hier Justinian vorschreibt, den De- und Ascendenten solle die **legitima titulo heredis** hinterlassen werden, doch könne ihnen dabei der testator den Betrag der **legitima in re singulari** hinterlassen, woraus denn Manchen zu folgen scheint, Justinian habe den **heres in re certa scriptus** doch am Ende nicht als Legatar behandelt. Allein Justinian spricht ja gar nicht in jener Nov. von den Folgen der **institutio in re certa**, sondern verlangt nur die Form der **heredis institutio**, was sich wohl begreift, da es die Römer für eine formelle Ehre hielten, wenn man mit dem Prachtnamen **heres** im Testament paradirte.

Siccania de judicio centumvir. editio Zepernick p. 48. 49.

Auch hat ja die **heredis institutio in re certa** nach dem Obigen immer den Vortheil, daß der **institutus** ein voller **heres** wird, wenn neben ihm keine Erben anderer Art gerufen waren oder wenn dieselben wegfallen.

§. 824.

Ad voc. Niemand kann es gebieten.

Die hier aufgestellte Regel, welche man lateinisch so ausdrückt: **nemo pro parte testatis, pro parte intestatus decedere potest**, heißt so viel, als wenn Jemand einen Testamentserben ernannt hat, und er demselben auch nicht alles gab, oder wenn **coheredes** wegfallen, so werden die **partes vacantes** nicht den Intestaterben hinterlassen, sondern sie werden dem **heres testamentarius** als **partes accrescentes** auch wider seinen Willen zugelegt, und der Testator selbst kann dieses nicht verhindern, weil sonst für die Erbschaftsgläubiger nicht vollständig gesorgt wäre. Jene Regel ist nun bisher allgemein anerkannt, aber über ihren historischen Grund

ist in infinitum konjekturirt, wobei man am Ende selbst in die Kantische und Hegel'sche Philosophie gekommen ist. Die römischen Klassiker können hier an keine Philosophie geglaubt haben. Denn das militairische Testament behandeln sie blos nach der Vernunft und bei diesem Testamente haben sie nach §. 843 angenommen, daß bei einem solchen Testament der **heres testamentarius** die ihm gegebene **partes** bekomme und daß Alles, was der **testator** offen ließ, dem Intestaterben zuzutheilen sey; daß hier also Testaments- und Intestaterbfolge mit einander theilen müssen, gerade wie es auch das französische Recht der natürlichen Vernunft wegen für alle Testamente angenommen hat. Die obige Regel muß also einen rein willkührlichen, positiven, rechtlichen Grund gehabt haben und dieser scheint sehr nahe zu liegen. Die Verfasser der 12 Tafeln bestimmten in der Regel alles roh nach den gemeinsten gewöhnlichsten Fällen und vergaßen in der Regel alle feinere Mittelfälle, wie sie auch z. B. nach §. 401 den Fall vergessen hatten, daß ein **tutor testamentarius** zwar vorhanden, aber doch einstweilen verhindert seyn könne, wo dann doch der Pupill nicht unberathen bleiben kann. Ebenso scheint es nun auch hier zu seyn; wenn nämlich Jemand an das Testiren kommt, so wird er in der Regel gewiß nicht über einzelne Theile seiner Güter, sondern über sein ganzes Vermögen disponiren und thut er dieß, so bleibt den Intestaterben nichts übrig. So konnten denn auch die 12 Tafeln in ihrer Art recht gut sagen, wie sie auch gethan haben **ad si intestato moritur, tuus agnatus proximus heres esto.** Später kommen nun Fälle vor, daß ein Testator durch sein Testament nicht sein ganzes Vermögen erschöpft hatte, und da mußten denn die Ausleger sagen, die **partes vacantes** kann der Intestaterbe — (**agnatus proximus**) nicht bekommen, weil ein Bürger nicht **intestato** stirbt, wenn er überhaupt testirt hat, und weil die 12 Tafeln den Agnaten nur rufen, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben ist. Die **partes vacantes** könne man aber nicht in der Luft fangen lassen und so muß der Testamentserbe sich alle diese **partes vacantes**

durch das jus accrescendi zuschieben lassen, wodurch denn zum Besten der Erbschaftsgläubiger alles in eine volle Einheit gebracht wird.

§. 825.

Ad voc. Bonorum possessio decretalis.

Der hier im Comp. verworfene Begriff der B. P. decretalis ist falsch, wie folgende Bemerkungen zeigen werden. Der Prätor ertheilte unter dem Namen B. P. bald definitiv ein wirkliches Erbrecht, wie z. B. in dem Fall des §. 854, bald nur einen provisorischen Besitz, wie z. B. in den Fällen des §. 869—972. War die Sache an sich klar und unbedenklich, so konnte der, welcher die B. P. nachsuchte, bloß mit Berufung auf das Edikt und ein einfaches Gesuch zu seinem Zwecke kommen. War aber noch irgend etwas bedenklich, oder näher zu untersuchen, so mußte eine causae cognitio und ein decretum des Prätors vorher gehen. Deßwegen hieß nun im ersten Fall B. P. eine edictalis und im letzten eine decretalis. Die B. P., welche ein definitives Erbrecht gab, war nun freilich gewöhnlich edictalis, sie konnte aber auch eine decretalis werden, wo noch etwas juristisches zu überlegen war, z. B. wenn Jemand eine definite B. P. nicht nach dem Buchstaben, sondern nach dem Geiste des Edikts nachsuchte, oder in Nebenpunkten auf eine Aenderung der gewöhnlichen Grundsätze antrug.

L. 5. L. 14. §. 1. de B. P. contra tabulas (37, 4.)
L. 4. de conjungendis (37, 8.)
L. 1. §. 1. ad Sct. Tertullianum (38, 17.)

Dieß Alles hat nun

Löhr not. p. cit.

sehr gut ausgeführt, doch verdient es keinen Beifall, wenn er behauptet, die B. P., welche nur einen provisorischen Besitz ertheilte, gehöre gar nicht unter die Rubrik der bonorum poss. decretalis. Denn B. P. wird sie doch gewiß genannt, und auch bei ihr kann der Fall vorkommen, daß das Gesuch

gleich von selbst als fundamentum erscheint, oder doch noch erst eine causae cognitio und ein decretum erfoderlich ist.

L. 1. §. 1. 14. L. 7. §. 1. de ventre (37, 9.)

L. 3. §. 3. 4. 13. L. 10. de carbiano edicto (37, 10.)

Es läßt sich also nicht einsehen, warum man nicht auch eine solche B. P. nach Verschiedenheit jener Umstände in eine edictalis uud decretalis eintheilen soll.

§. 826.

Ad voc. Auf alle Hindernisse auszudehnen pflegt.

Von unserer Praxis ist sehr häufig angenommen, daß die transmissio ex capite restitutionis überall eintrete, wo faktische Gründe vorhanden sind, wegen deren nach §. 694. 695 überhaupt restitutio in integrum ertheilt wird, mithin nicht bloß ob absentiam rei publicae causa, sondern auch wegen jeder andern guten absentia mithin auch wegen des justus error. So vertheidigen es auch noch theoretisch

Marezoll und Steppes not. d. cit.

Allein man kann mit

Buchholz not. d. cit.

viel dagegen sagen. Denn in

L. 86. pr. de acquirenda hereditate (29, 2.)

ist nur die absentia rei publicae causa als Transmissionsgrund genannt und die Gesetze in not. d. verwerfen ausdrücklich das Nichtwissen und andere Hindernisse als ein Transmissionsgrund.

Ad voc. Transmissio Theodosiana.

Die Regel des ältesten Rechts war, daß Alles, was ein im Testament berufener Erbe oder Legatar nicht erwerben wolle oder könne, in der Erbmasse zu deren Vortheil bleibe. Die Lex Pappia Poppaea führte aber ein, daß das Ausfallende in der Regel an den Fiskus kommen solle, oder an andere Miterben, wenn sie nahe Verwandte oder mit Kindern

gesegnet waren, worüber in der Anmerkung zu §. 996 mehr zu sagen seyn wird. Für die Descendenten eines eingesetzten Descendenten fand dieß aber Theodosius zu hart und so verordnete er in

L. un. C. de hisquiante apertas tabulas hereditatem transmittunt (5, 52.)

wenn ein eingesetzter Descendent ante apertas tabulas sterbe, so solle er delictum sibi hereditariam portionem auf seine Descendenten jeder Art transmittiren. Das ante apertas tabulas kann daher, weil nach der lex Pappia Poppaea eine Erbschaft vor gerichtlicher Eröffnung des Testaments nicht angetreten werden durfte, also denn das Nichtantreten gar nicht imputirt werden konnte.

Da Justinian in

L. un. C. de caducis (6, 51.)

die caduca an den Fiskus kassirt und die solenne Arpeten für unnöthig erklärt hatte, so war es unverzeihlich, daß er die Worte: ante apertas tabulas stehen ließ. Man hat sie daher auch wegzuinterpretiren gesucht und die Praxis hat sich an jene Worte nie gehalten. Dabei sind nun aber noch diese Punkte zu erwägen:

1) Das Gesetz geht bloß auf einen im Testament berufenen Descendenten, folglich ist es durchaus verkehrt, wenn manche die transmissio Theodos. auch bei der successio ab intestato annehmen. Doch kann bei dieser, wie sich nachher zeigen wird, durch successio graduum und ordinum etwas Aehnliches herauskommen.

2) Findet diese transmissio nur dann statt, wenn der eingesetzte Descendent post delatam hereditatem, oder auch dann, wenn er vor des Erblassers Tode gestorben war? Auch das Letzte hat Hugo immer bejaht, aber unter vielfachem Widerspruch, während sich

Buchholz not. e cit.

wieder für Hugo erklärt hat. Die sogenannte transmissio Theodosiana sey eigentlich keine transmissio,

sondern nur eine vom Gesetz präsumirte substitutio vulgaris. — §. 834. —

Allein der Theodos.

L. un. C. cit.

und in der oben angegebenen Rubrik des Titels kommt ja gerade das Wort transmittere vor, in Ansehung dessen Buchholz selbst und mit vollem Recht gegen Andere behauptet, daß es nur auf den Fall gehe, wenn Jemand eine hereditas sibi delata auf seine Erben überträgt. Dazu kommt noch, daß caducum in römischer Kunstsprache gerade dasjenige heißt, was nach des Erblassers Tode ante apertas tabulas ausfiel und daß Justinian in

L. un. §. 5. C. de caducis (6,51.)

die transmissio Theodos. als eine Art der transmissio nur bei den Caducis erwähnt.

3) Wenn der einzige Zweck der Theodos. L. un. c. cit. blos dahin gegangen wäre, die Caducität abzuwenden, so würden sie nicht auf den Fall passen, wenn A seinen Sohn B zum heres ex asse einsetzte, weil in einem solchen Fall die Lex Pappia Poppaea keine Caduca annahm. Allein Theodos sagt nicht, daß dieß der einzige Zweck seiner Verordnung sey und die Worte der Constitution passen auch auf jenen Fall, da der Plural liberi oder filii auch auf ein einziges Kind geht. Man nehme also diesen Fall: A hat einen Sohn, der B einen Sohn C und der C einen Sohn D. Setzt hier nun A den C zum Universalerben ein, indem er den B juste exhäredirt und stirbt nun C nach Delation der Erbschaft, ohne angetreten zu haben, so muß man hier nicht mit Manchen sagen: durch das Wegfallen des C wird das Testament destitutum, also nach §. 983 nichtig, folglich kann nun der B als Intestaterbe eintreten. Man muß vielmehr sagen: der D kann, wenn er will, als transmissarius Theodosianus an die Stelle des C treten.

4) Damit aber der entfernte Descendent an die Stelle des eingesetzten näheren einrücken könne, muß er dazu Erbe dieses Näheren geworden seyn? Darüber sagt die **L. unica C. cit.** nichts ausdrücklich und daher wird jene Frage von Manchen verneint. Allein der Ausdruck **transmissio** scheint doch für die entgegengesetzte Ansicht des **Comp.** zu sprechen, und eben so der Grund jener **institutio.** Denn danach soll der unerwartete Tod des näheren eingesetzten Descendenten den entfernteren nicht schaden. Hatte nun aber in dem vorher unter **Nro. 3.** angegebene Fall der nähere **C** angetreten, so würde der entferntere **D** von der Erbschaft des **A** nichts bekommen können, wenn er nach dem Tode seines Vaters **C** dessen Erbschaft ausschlüge. Der zufällige Tod des Sohnes soll aber nach der Theodos. **Constitutio** von den entfernteren Descendenten blos den Schaden abwenden, den er ohne den Tod seines Vaters würde erlitten haben. Dieser richtigen Meinung ist nun auch Steppes, (von der Transmission S. 38. 39), indem er der 7ten Ausgabe des Pandekten-Compendiums vorwirft, daß sie das Gegentheil sage. Thibaut sagt aber durch die Worte: „Wenn seine Descendenten ihn beerben," sonnenklar das Nämliche, was Steppes selbst vertheidigt.

Ad voc. Von dem Augenblick des erfahrenen Anfalls.

In

L. 19. C. de jure deliberandi (6, 30.)

ist bestimmt gesagt für die **transmissio justinianea** solle ein Jahr gesetzt seyn, welches mit dem Augenblick des erfahrenen Anfalls der Erbschaft beginne. Also ist es offenbar widerrechtlich, wenn Viele jene **transmissio** auch für **ignorantis** annehmen. Höchstens kann man nun sagen: Für die Zeit des Nichtswissens gilt die **transmissio ex capite restitutionis.** Allein wie gefährlich dieser Ausweg ist, ward schon in der ersten

Anmerk. zu §. 826 gezeigt. Nebenschwierigkeiten, welche hier aus Nov. 158 entstehen konnten, hat Buchholz not. c. cit. zu beseitigen gesucht. Zum Glück kommt praktisch auf die Nov. gar nichts an, weil sie zu den unglossirten gehört.

§. 828.

Ad voc. Und damit fallen auch alle älteren.

Das alte römische Recht kannte nichts als **testamenta in comitiis**, denen vielleicht schon vor den 12 Tafeln die **testamenta per aes et libram**, d. h. in Form der **mancipatio** substituirt wurden. Später, am Ende der Republik, gab der Prätor auch aus einem bloß von 7 Zeugen besiegelten Testament **bonorum possessio.** Diese Formen hielt Theodos der Jüngere nicht für hinreichend und so ward denn von ihm anno 439 die im §. 829 erwähnte, von Justinian nur etwas modificirte Testamentsform, den älteren Formen substituirt

L. 21. C. de testam. (6, 23.)

womit also die ältere Formen der Privattestamente ganz aufhörten. Man muß es also tadeln, 1) wenn Koch **not. c. cit.** behauptet hat, das erwähnte provisorische Testament sey auch noch jetzt rechtsgültig. Ebenso muß man es 2) tadeln, wenn Savigny **not. o. cit.** behauptet die theodosische Verordnung habe das **testamentum per aes et libram** nicht aufgehoben.

§. 829.

Ad voc. Daß dabei 7.

Man hat bei Gelegenheit dieses Satzes von Zeit zu Zeit die Frage aufgeworfen, ob, wenn der Testator neben den 6 Zeugen auch noch einen Notar zum Akt der **testamenti factio** zuzog, ob dann dieser Notar wohl als siebenter Zeuge mitgezählt werden könne? Man muß sich über diese zweifelnde Frage schon an sich verwundern, da ein Notar **qua talis** mehr wiegt als andere Leute, und da das Mitzählen

desselben gerade nach dem Gesetz erlaubt werden muß, wornach man eine dumme Frage eine quaestio Domitiana und eine massive Antwort eine responsio Celsina nennt, nämlich nach

L. 27. qui testament. facere possunt (28, 1.)

Auch die Notariatsordnung

Tit. de testament. (§. 12.)

ist aufs bestimmteste für die richtige Antwort.

Ad voc. In der Zeit fähige Zeugen.

Eine kleine Milderung dieses Satzes ist in

§. 7. J. de testamentis (2, 10.)

L. 1. C. eod. (6, 23.)

dahin gemacht, daß Sklaven als gültige Testamentszeugen mitgezählt werden sollen, wenn sie zur Zeit des Testaments allgemein für frei gehalten werden. Man hat dieß vielfach ausdehnen wollen; allein mit Recht erklärt sich dagegen Glück 34. Bd. Seite 34 — 343. Denn bei Sklaven ist das Individuelle, daß sie an sich die volle Zeugungsfähigkeit haben und nur eines harten bürgerlichen Gesetzes wegen nach der Strenge für nichts gelten.

Ad voc. Taube.

Mehrere behaupten, ein Tauber sey beim schriftlichen Testament fähig, weil er ja dessen Inhalt nicht zu kennen brauche. Allein in

§. 6. ult. J. de testament. (2, 10.)

wird er ja gerade bei Gelegenheit des schriftlichen Testaments verworfen. Es begreift sich dieß um so leichter, da bei der neueren Verschmelzung der ältern Testamente Manches hängen geblieben ist, was nur aus der steifen Form der **mancipatio** entstand.

Ad voc. Blinde.

Es ist viel darüber gestritten, ob man Blinde bei einem Testament als Zeuge zuziehen dürfe, und ob überhaupt der

Zeuge im Augenblick der testamenti factio den Testator sehen und gesehen seyn müsse? Viele verneinen das Erste und bejahen das Letzte unbedingt und zwar wegen

L. 9. C. (6, 23.)

Allein dieß Gesetz spricht nur von schriftlichen Testamenten und verordnet, daß hier die Zeugen unter den Augen des Testators funktioniren müssen gewiß deßwegen, weil bei einem schriftlichen Testament der Zeuge den Inhalt des Testaments nicht zu kennen, also auch deßwegen nicht zu beschwören braucht, sondern bloß die Aechtheit seiner Unterschrift beschwören muß, der Testator also selbst dafür zu sorgen hat, daß der Zeuge nicht heimlich etwas in das Testament hinein schreibe. Für Alles Andere haben wir außer den eigenen Vorschriften über das Testament der Blinden — §. 850. — kein besonderes Gesetz und können also insofern nur die allgemeinen Grundsätze über den Beweis anwenden. Diese fordern aber nichts weiter, als daß sämmtliche Zeugen aus eigener Erfahrung wissen, dieß sey das Testament der Person, von welcher die Rede ist.

Ad voc. Der Fideikommißerbe ist nicht ausgeschlossen.

Dieser Satz ist oft geleugnet, weil der heres kein Testamentszeuge seyn könne, und weil nach neuerem Recht — §. 930. — der Universalfideikommissar auch ein successor in omne jus defuncti sey. Dieser Schluß ist in sich vernünftig, aber gegen das positive Recht, denn die Universalsuccession des Fideikommissars ward lange vor Justinian eingeführt, und doch bleibt der

§. 117. J. de testament. ordinand. (2, 10.)

bei dem alten Satz, daß der Fideikommissar Testamentszeuge seyn könne. Uebrigens streitet man noch darüber, ob der heres in re certa institutus als Testamentszeuge gelten kann.

Glück 34 Bd. S. 360—363.

Die Konsequenz muß diese Frage für den Fall bejahen,

wenn ein solcher Erbe nach der 2ten Anmerkung zu §. 820 in der Lage ist, daß er als bloßer legatarius behandelt werden muß.

§. 830.

Ad voc. Das Testament selbst.

Sowohl nach

L. 28. de testament. (6, 23.)

als der Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. 7 muß der Testator, wenn er sich nicht einen achten Zeugen substituiren will, seinen Namen selbst und zwar **testibus praesentibus** unterschreiben. Da beim Schreiben mit geführter Hand eigentlich derjenige der Schreiber ist, welcher die Hand führt, so muß man dieß nach der richtigen Meinung, welche auch in **not. k.** gebilligt ist, verwerfen. Allein gesetzt, daß der Testator schon vor der **testamenti factio** seinen Namen unterzeichnet hat und dann der Zeuge erklärt: es sey dieß sein Name. Nach der Vernunft muß man gewiß sagen, daß dies ganz so gelten kann, als ob er vor den Zeugen unterzeichnet hätte. So wird es auch von Vielen mit

Leyser specim. 355 med. 5.

angenommen; aber

Glück 34. Bd. S. 417. 418.

verwirft dieß als eine kühne Behauptung.

Ad voc. Wenn er nicht zu schreiben weiß, oder nicht schreiben kann.

In

L. 21. C. de testament. (6, 23.)

ist verordnet: der Testator müsse, wenn er nicht zu schreiben wisse oder nicht schreiben könne, einen achten Zeugen zuziehen. In der Notariatsordnung Titel von Testamenten §. 7. sollte dieß nur wieder gegeben werden durch die Worte: „Wo er nicht schreiben könnte, oder alsdann nicht mögt" der letzte Ausdruck läßt sich nun in der alten gelungenen Sprache un-

ferer Gesetze auch auf das Nichtkönnen beziehen und darauf beziehen sich nun auch jetzt wieder

Gesterding und Sell not. i. cit.

aus dem guten Grunde, weil leges correctoriae so wenig als möglich anzunehmen sind und weil unsere Reichsgesetze gar zu gern das römische Recht in schlechtem Deutsch wiederholten.

Ad voc. Das Testament vorlesen lasse.

Es ist oft behauptet worden, das testamentum oblatum eines illiteratus gelte nur dann, wenn es ihm in Gegenwart der Zeugen vorgelesen und wenn er es darauf genehmigt habe, weil sich ohnedieß nicht behaupten lasse, daß die Scriptur den Willen des Testators enthalte. Der Verfasser des Comp. hat in dem not. z. cit. Archiv das Gegentheil zu zeigen gesucht. Die Hauptgründe sind diese.

1) In

L. 21. pr. C. de testament. (6, 23.)

spricht Justinian allgemein und dann hinterher noch insbesondere vom illiteratis, verlangt aber von diesen nur das Zuziehen eines achten Zeugen, keineswegs aber die praelectio, welche er vielmehr implicite für unnöthig erklärt, indem er sagt, die Zeugen brauchten den Inhalt der Scriptur nicht zu erfahren. Zwar verlangt er in

L. 8. C. qui testament. facere. (6, 22.)

bei dem Testament der Blinden das Vorlesen, allein daraus darf man nicht analogisch auf illiteratas schließen, weil Blinde am hülflosesten sind und weil ihnen auch am leichtesten eine falsche Unterschrift untergeschoben werden kann.

2) In

L. 31. C. h. x. (6, 23.)

wird bei dem Testament der militairischen Bauern, doch nur im höchsten Nothfall, das Vorlesen gefodert, wenn

nämlich nicht alle Zeugen schreibkundig sind, wo denn freilich die Ohren mithelfen müssen.

3) Auch illiterati können privatim volle Gewißheit über das treue Niederschreiben ihrer Diktate bekommen, z. B. wenn sie sich dieselben abgesondert von verschiedenen Personen vorlesen lassen.

4) Warum will man dem Testator, welcher ja über das Seinige volle Freiheit hat, nicht erlauben, sich auf die Treue eines von ihm erprobten Schreibers zu verlassen? Jetzt kann die Sache noch weniger Zweifel leiden, da das römische Recht nach §. 951 sogar eine **heredis institutio in arbitrium tertii collata** zugelassen hat.

Ad voc. Mangel des Datums.

Kein Gesetz verlangt, mit Ausnahme des im §. 845 erwähnten Testaments der Eltern und der Kinder, die Datirung des Testaments zu dessen Gültigkeit und es ist verkehrt, wenn Manche die Datirung absolut fordern.

Glück not. p. cit.

Freilich können aus dem Mangel des Datums Schwierigkeiten entstehen, wenn mehrere einander widerstreitende Testamente da sind, über welchen Punkt erst bei §. 978 das Nöthige gesagt werden kann.

§. 831.

Ad voc. Speziellen, öffentlich beglaubigten Mandat.

So viel ist gewiß, daß Privattestamente **per procuratorem** nicht errichtet werden können. Viele wenden dieß analogisch auch auf **testamenta publica** an, und suchen denn für diese auch noch durch künstliche Gründe nachzuhelfen. Während nun alle Theile darin übereinstimmen, daß ein mündliches **testamentum publicum per procuratorem** nicht errichtet werden kann, lassen doch viele Praktiker ein schriftliches **testamentum per procuratorem oblatum** zu, wenn der

procurator ein mandatum speciale oder offerendum hatte. Allein wenn das mandatum blos privatim ausgestellt war, wie kann denn das Testament selbst durch gerichtliche Niederlegung eine fides publica für seine Aechtheit bekommen? Das Höchste ist also, wenn man recht analogisch von Privattestamenten schließen will, daß man nach allgemeinen Grundsätzen dasjenige zugiebt, was das Compend. insofern zugegeben hat, z. B. wenn der Testator einer Gerichtsdeputation ein versiegeltes Päckchen vorlegt, auf dessen moluero dem X. aufgetragen ist, dieß Päckchen als Testament des A. dem Gerichte selbst zu übergeben, und nun die Deputation das Mandat beglaubigt und das Päckchen durch das Amtssiegel verschließt. Es wird aber etwas dieser Art nicht leicht vorkommen, weil der Testator besser und kürzer zum Ziel kommt, wenn er sofort der Deputation das Testament als das Seinige überliefert, womit es denn auf der Stelle ein testamentum publicum wird.

§. 833.

Ad voc. Welcher man, aber unrichtig ꝛc.

Dieser Tadel soll sagen, daß die substitutio vulgaris, von der substitutio pupillaris und quasi pupillaris — §. 837—840. — materiell wesentlich verschieden ist, und mit ihnen nur durch ein gleiches Wort zusammenhängt, daß also, wenn man die substitutio vulgaris einander gegenüber setzt, hier nichts existirt als ein Fehler. Bei der vulgaris rufe ich nämlich auf mein Vermögen einen Nacherben. Bei der Pupillarsubstitution dagegen ernennen Dritte — die Eltern — dem Kinde auf sein Vermögen einen Erben, testiren also nicht für sich, sondern für einen Andern, daher auch nach §. 837 einem enterbten Kinde pupillariter substituirt werden kann.

§. 834.

Ad voc. Nicht aber das Transmissionsrecht.

Dieser Satz, welcher schon durch

L. un. §. 13. C. de caducis (6, 51.)

bewiesen werden kann, beruht auch auf der Vernunft, denn die transmission besteht ja gerade darin, daß der Erbe des institutus A. an dessen Stelle rückt, wenn der Fall von der Art ist, daß die Gesetze nach §. 826 die transmissio zulassen. Nun aber würde ja A., wenn er selbst angetreten hätte seinen Vulgarsubstituten B. haben ausschließen können, mithin muß auch der Erbe des A., wo er auf die Transmissio Anspruch hat, ganz die Rechte des Ausübers und damit den Vulgarsubstituten ausschließen können. Dennoch leugnen Manche den Satz des Comp. wegen

L. 72. de acquirenda hereditate (29, 2.)

aber durchaus ohne Grund. Dieß Gesetz untersucht nämlich gar nicht, in welchem Verhältniß der Substitut zu den Erben des instituti steht, wenn diese auf die transmissio Anspruch haben, sondern es wird darin die ganz andere Frage erörtert, ob, wenn der Testator dem instituto A eine gewisse Zeit, z. B. ein Jahr zur Antretung gab und A vor Ablauf des Jahrs, ohne angetreten zu haben, wegfällt, ob dann der Substitut B schon innerhalb dieses Jahres antreten könne? Dieß wird denn natürlich bejaht, weil das dem A gesetzte Jahr dem B nur in sofern entgegenstehen kann, als A noch im Stande ist, von der ihm gesetzten Frist Gebrauch zu machen.

Ad voc. So tritt er in beiderlei Rücksicht an dessen Stelle.

Ein Testator kann mehrere Grade der Substitutionen machen, z. B. so sagen: A soll mein Erbe seyn, dem A substituire ich den B, dem B, wenn er nicht will oder kann, soll C substituirt seyn ꝛc. Die Folge ist dann, daß der entferntere Substitut nichts bekommt, wenn einer der früheren Berufenen antritt, daß er hingegen einrücken darf, wenn diese wegfallen. Allein über einen Punkt war hier doch früher bei den Klassikern ein Zweifel. Wenn nämlich ein Substitut zugleich institutus ist und diesen substituto instituto hinterher ein Anderer definite substituirt

wird, so war es bis ins 3. Jahrhundert unter den Kaisern eine Streitfrage, inwiefern der Letzte an die Stelle des Ersten trete, z. B. der Testator sagt so:

„A soll mein Erbe seyn auf ½
B mein Erbe auf ¼
C mein Erbe auf ¼
dem B substituire ich den C
dem C soll X substituirt seyn."

Hier zweifelte man nun früher darüber, ob X sowohl die Institution- als die Substitutionsportion des C erhalte, wenn B wegfalle? Weil hier die Berufung des X wohl nur auf die eben vorhergegangene Substitution des C bezogen werden könne; den Zweiflern antwortete aber eine zweite Parthei: wenn C wegfalle, so bekomme der X nicht blos das, was dem C als substituto des B, sondern auch das, was dem C als instituto gegeben sey. Das letzte vertheidigte auch Salvius Julianus

L. 27. h. t. (28, 6.)

und endlich ward die Sache ebenso durch Severus und Antonius Caracalla förmlich entschieden.

L. 41. pr. eod. und §. 3. J. h. t. (2, 15.)

Unsere ältere Juristen pflegen dieß auszudrücken: substitutus substituto est substitutus instituto oder noch schöner so: substitutus substituto instituto, est huic quoque substitutus, quo instituto.

§. 837.

Ad voc. Die Notherben des Kindes gänzlich übergehen und ausschließen.

Daß der Vater im Pupillartestament die Notherben des Kindes und selbst dessen Mutter willkührlich ausschließen kann, sagen die Gesetze in not. x. unbedingt und Alles, was man halb oder ganz dagegen gesagt hat, wie es zum Theil auch Zimmern not. x. cit.

wieder that, ist nichts als eine weiche Billigkeit, welche hier

der Grundidee der **substituto pupillaris** widerstreitet. Denn nur mit der dem Hausvater gegebenen ganz freien Gewalt, konnte man das herausbringen, worauf es dem Vater gerade ankommen muß, nämlich daß Niemand weiß, wer in dem Pupillartestament als Erbe geschrieben steht, so lange das Kind **impubes** ist, von den Intestat- und Notherben keine Lebensnachstellungen zu fürchten sind, weil Niemand weiß, ob er durch den Tod des Kindes gewinne.

Gaj. II. 181.

In dem **not. x** citirten Archiv hat dieß der Verfasser des **Comp.** gegen Zimmern weitläufig ausgeführt, worin ihm denn auch

Franke **not. x. cit.**

in Beziehung auf das Pandektenrecht beitrat. Allein in einer Hinsicht hält er es doch mit Zimmern, indem er behauptet, der Vater müsse im Pupillartestament auf allen Fall nach Nov. 115 die Mutter des Kindes einsetzen, wenn kein gerechter Grund zur **exheredatio** derselben eintrete. Allein jene Novelle ändert hier im Pandektenrecht nichts. Denn die ganze Novelle geht nur auf den Fall, wenn Kinder selbst testiren und ihre Eltern ausschließen wollen, wobei die Novelle nur schärfer etwas bestimmt, was früher schwankend war, daß es nur gewisse gesetzliche Gründe geben solle, wegen deren die testirenden Kinder ihre Eltern ausschließen dürften. Allein bei der Pupillarsubstitution ist ja gar nicht die Rede von dem Fall, wenn ein Kind selbst testirt, sondern von einem Testament des Vaters für das Kind, also von einem **testamento tertii pro tertio**, auf welchen Fall die Novelle 115 gar nicht geht. Früher war es auch Regel, daß das Kind nur **ex gravi causa** seine Mutter ausschließen dürfe, und doch war bei der Pupillarsubstitution zur Sicherheit des Kindes Alles der reinen Willkühr des Vaters überlassen.

§. 838.

Ad voc. Aber freilich auch nur insofern, als er gerufen ist.

Es giebt Manche, welche behaupten, die in der letzten Anmerk.

zu §. 834 erwähnte Regel **substitutus substituto instituto** etc. falle bei der Pupillarsubstitution weg, welches denn keine Vernunft begreifen konnte, insofern die Regel **propositio indefinita pro absoluto habetur** überall als vernünftig erscheint. Die Gegner berufen sich indeß auf die berühmte

L. 47. h. t. (28, 6.)

welche auf etwas ganz anderes geht. Das Gesetz hat den Fall, daß ein Testament so laute:

A verordnet dieß:

„Mein Sohn B soll mein **heres ex asse** seyn,"

„Meine Tochter C enterbe ich,"

„Dem B substituire ich pupillariter die C,"

„Der C sollen pupillariter substituirt seyn meine Frau X und meine Schwester Z."

Nun nehme man, daß die C vor dem B stirbt und dann erst hinterher der B. Können hier nun X und Z das Vermögen des B fordern? Dieß ist mit jenem Gesetz zu leugnen. Denn der **testator** hatte ja nicht gesagt: X und Z sollten, wenn die C als **substituta** wegfalle, an deren Stelle treten, sondern er hatte bloß die X und Z auf das Vermögen der C als deren Pupillarsubstituten bekommen, aber nicht die Erbschaft des B, weil diese wegen des früheren Todes der C nicht ein Theil der Erbmasse der C geworden war. Es ist mithin nur eine Folgerung aus der allgemeinen Regel, daß ein Substitut, welcher nur besonders zu etwas besonderem gerufen ist, auch nur dieß Besondere für sich fordern kann.

Ad voc. Widerstreiten sich die Gesetze.

Die Gesetze in **not. f.** sagen über diesen Punkt ganz klar: „Ja und Nein" und das Einzige, was man für einen praktischen Ausschlag sagen kann, ist: daß in

L. 28. cit.

Julians Meinung nur historisch erzählt, aber in

L. 42. cit.

von dem jüngeren Ulpian, welcher noch dazu Justinians Liebling war, dogmatisch verworfen wird.

§. 840.

Ad voc. Das Wesen derselben besteht darin.

Die alte Civilpraxis gab nur dem pater familias das Recht, seinen **suis impuberibus** einen Pupillarsubstituten zu ernennen, weil ein **impubes** als solcher nicht testiren könne und so also unter dem seines Hausvaters gestellt werden müsse. Außer den **impuberibus** giebt es aber nach §. 948 noch andere zur **testamenti factio** unfähige Kinder, namentlich Kinder, die in **perpetuo furore** sind, **dimentes prodigi** und taubstumm geborne Kinder. Wollte der Vater für diese ein Testament machen, so könnte es von Justinian nur durch individuelle Privilegien des Kaisers geschehen. Justinian erfand hier nun eine beständige Wohlthat für alle, indem er in

L. 9. C. h. t. (6, 26.)

im Ganzen allen Eltern ohne Rücksicht **auf patria potestas** das Recht gab, ihren ganz wahnsinnigen und blödsinnigen Kindern unter manchen nachher zu nennenden Modifikationen **ad exemplum substitut. pupillaris** einen Quasipupillarsubstituten zu ernennen. Hier sind nun aber folgende Hauptpunkte zu erwägen:

1) Justinians neues Institut geht nach den Worten seines Gesetzes nur auf Kinder **in perpetuo furore** und **dementes**; kann man nun das Gesetz noch auf andere zur **testamenti factio** unfähigen Kinder ausdehnen? Für die Bejahung dieser Frage waren bisher Manche aber ganz unjuristisch, weil ja nach §. 67. ein **jus correctorium** auf **singulare** logisch gar nicht ausgedehnt werden darf.

2) Muß der Testator alle Kinder des **furiosi** einsetzen? Justinian sagt: er müsse von den mit Verstand begabten Kindern **vel unum vel certos, vel omnes** einsetzen. Offenbar braucht er also nur eins der Kinder einzusetzen und es ist die platteste Willkühr, wenn Manche gesagt haben, er müsse alle Kinder des **furiosi** einsetzen

oder wenigstens Alle die **legitima** geben. Dieß hat nun auch Franke (Notherbenrecht S. 465—70) zugegeben, doch meint er, nach Nov. 115 müßten alle Kinder des **furiosi** eingesetzt werden. Man muß dieß aber nach der Anmerk. zu §. 837 leugnen, weil die Novelle nur auf den Fall geht, wenn Jemand für sich selbst, nicht aber wenn er für einen Dritten testirt; übrigens wollte Justinian für sein **vel unum, vel certos etos** das zu solchen Substitutionen nöthige, volle Freiheit des **testators** mit den Pflichten in Betreff der **legitima** in eine Art von Eintracht bringen, wobei er freilich nicht erwog, daß die Freiheit des Testators nichts ist, wenn der Wahnsinnige nur einen Einzigen Sohn hat, diesem Sohn mithin Alles gegeben werden muß, derselbe also **ex lege** weiß, daß er doch als Universalerbe des **furiosus** im Testament geschrieben stehe.

3) Hat das wahnsinnige Kind keine Kinder, so soll der Testator von den Brüdern, welche bei Verstand sind, **vel unum, vel certos, vel omnes** einsetzen, wo denn wieder ganz das gilt, was eben unter Nr. 2 gesagt ward. Uebrigens braucht ein **binubus** die ihm zugebrachten Kinder seines wahnsinnigen Kindes nicht einzusetzen, weil Justinian nur das Einsetzen der **liberorum** verlangt, für Stiefeltern aber die Stiefkinder nicht als **liberi**, sondern nur als **affines** gelten.

4) Daß der Testator auch die Ascendenten des wahnsinnigen Kindes in der Eigenschaft der Notherben bedenken solle, sagt Justinian durchaus nicht. Manche sind zwar geneigt gewesen, auch die Ascendenten den Descendenten und Brüdern des **furiosi** gleich zu setzen. Allein bei einem so dunklen in Ansehung seiner **rationum** ganz unklaren Gesetze muß das Hineininterpretiren als willkührlich ganz verworfen werden.

5) Justinian schreibt vor: dem **furiose** Kinde selbst müsse die **legitima** hinterlassen werden. Viele verstehen dieß unbedingt. Allein da es gemeine Regel ist, daß

der Vater jedem Kinde eine legitima hinterlassen muß, daß aber ex justa causa exheredatione geschehen können, und namentlich auch unter den gehörigen Umständen exheredationes eines furiosi, und da jura correctoria im Zweifel auf die Art auszulegen sind, daß man möglichst beim gemeinen Rechte bleibt, so ist die im Comp. gebilligte Meinung wohl gewiß richtiger.

6) Man kann die

L. 9. C. cit.

nur auf Descendenten beziehen, zwischen denen und dem testator keine persona intermedia steht, weil nach Justinians Vorschrift dem Wahnsinnigen, für welchen testirt wird, die Legitima gegeben werden soll, und weil nach §. 961 den descentibus mediatis keine legitima gebührt.

7) Die substitutio quasi pupillaris soll nach

§. 17. h. t. (2, 16.) — L. 9. C. cit.

im Ganzen nur eine Nachbildung der pupilaris seyn, also muß der Testator, obgleich dieß Manche leugnen, sich selbst dabei ein Testament errichten. Dieß beweist nun auch L. 9. c. cit., insofern sie ihm zur Pflicht macht, dem Kinde eine legitima zu geben, wozu doch gewiß gehört, daß er dieß in dem Testament thut, welches ihn selbst angeht.

8) Gesetzt, manche Ascendenten machen verschiedene Quasipupillarsubstitutionen, z. B. der Vater ernennt dem furioso zum Substituten den X und die Mutter giebt ihm in ihrem Testament den Z zum Substituten? Ueber diesen Fall ist nun viel Streit. Einige sagen: der väterliche Substitut bekomme im Ganzen alles Vermögen des Kindes und für den mütterlichen sey das mütterliche auszuscheiden, dafür giebt es aber durchaus kein Gesetz, so wenig als für die neueste Behauptung von

Heimberger im Archiv für civil. Praxis, 12 Bd. 3. Heft. No. 18.

daß der im jüngsten Testament ernannte Substitut Alles

bekomme. Am leichtesten könnte geholfen werden, wenn es wahr wäre, was

Unterholzner und Löhr not. q. r. cit.

behauptet haben, nämlich daß der Quasipupillarsubstitut nicht Anspruch auf das ganze Vermögen des Kindes habe, sondern auch auf das, was das Kind von dem Verfasser des Quasipupillartestament ererbt habe. Allein man muß diese Idee durchaus verwerfen, weil, wie gesagt, Justinian unbestimmt allgemein die substitutio quasi pupillaris als Nachbildung der pupillaris eingeführt hat und weil die letzte ausgemacht auf das gesammte Gut des impubes ging. Am richtigsten sagen viele: Alle Ascendenten haben von Justinian auf gleiche Art das Recht bekommen, ihrem Descendenten, wenn er ihr Notherbe ist, einen Quasipupillarsubstituten zu ernennen. Alle Testamente sind also zu erhalten, ebenso durch einander zu beschränken, wie es die Römer thun nach §. 978 — wenn sie mehreren neben einander stehenden Testamenten Rechtskraft beilegen.

§. 842.

Ad voc. Wenn sie sich in Feindes Lande befinden.

In den Gesetzen der not. k. hat Ulpian nach der Lesart der Florentina 3 mal gesagt: die Nebenpersonen der Armee konnten in horticulo ein privilegirtes Testament errichten. Da jenes Wor sonst bei keinem Klassiker vorkommt, so hat man es mit allen möglichen Conjekturen und willkührlichen Kritiken bedient, ohne damit juristisch weiter zu kommen. Erwägt man indeß, daß die besten Vulgatmanuscripte die Lesart in hostili loco oder was einerlei ist, in hostico haben, und daß man im Zweifel immer die Lesart vorziehen muß, welche einen klaren und guten Sinn giebt, so kann man leicht helfen, wenn man den Vulgatmanuscripten folgt, wodurch man auch zu einem vernünftigen Resultat kommt, weil

der Nichtsoldat im Feindes=Lande ganz so rathlos ist wie der wirkliche Soldat.

§. 845.

Ad voc. Testament der Eltern.

Ueber diesen Punkt ist von allen Seiten Streit. Folgende Punkte sind hier auszuheben:

1) Justinians Hauptvorschrift in

Nov. 107.

geht auf allen Fall nur auf das Testament der Eltern **inter liberos**, da nun uneheliche Kinder nicht für den Vater, sondern nur für die Mutter juristisch als **liberi** gelten, so kann ein privilegirtes Testament des Vaters in Beziehung auf **liberos illegitimos** nicht angenommen werden.

Voet. L. 28. tit. 1. Nr. 16.

2) Kann in einem solchen Testament der Vater dem Kinde auch **tutores** ernennen oder ein Kind enterben, da zu beiden ein Testament gehört, so kommt bei jener Frage Alles darauf an, ob es wirklich ein privilegirtes Testament der Eltern unter Kindern giebt. Manche leugnen dieß, indem sie sagen: vor Justinian hätten Eltern zwar ohne Formen eine Theilung unter ihren Kindern machen können, welche aber nur als **disposito intestati** gegolten habe, d. h. als bloße Vertheilung der **activorum** und dieß habe Justinian in

Nov. 107

nicht aufgegeben. Allein besser sagen andere, die Nov. giebt den Eltern das Recht zu einem privilegirten Testament und so muß man auch die Folgen eines Testaments gelten lassen. Indeß ist es irrig, wenn manche nach Justinianischem Recht auch ein mündliches privilegirtes Testament der Eltern annehmen. Denn die Nov. 107. redet bloß von einem schriftlichen Testament. Die älteren Juristen wanten indeß, zwei Zeugen müß-

ten so viel gelten als eine Privatskriptur und so nahmen sie denn auch ein mündliches privilegirtes Testament der Eltern vor zwei Zeugen an, welche Ansicht auch in den Reichsabschied von 1512. Tit. von Testamenten §. 2 übergegangen und von der Praxis beibehalten ist, welche dann bei dem schriftlichen, wenn es die Form der Novelle 107 hat, gar keinen Zeugen fordert, obgleich jenes Reichsgesetz, wenn man es buchstäblich nimmt, recht gut zu dem Satz führen konnte, daß auch beim schriftlichen Testament stets zwei Zeugen zuzuziehen sind.

3) Viele verlangen: der testator müsse nach Nov. 107. cap. 2. das schriftliche Testament ganz schreiben oder wenigstens unterschreiben, während andere beides für unnöthig halten. Daß der Testator seinen Namen nicht zu unterzeichnen braucht, wenn er den Inhalt des Testaments eigenhändig geschrieben hat, läßt sich gut zeigen. Denn die Worte der Nov. ejus subscriptione gehen nach dem Folgenden bloß dahin, daß der Testator das Datum hinzufügen muß. Allein für das ganze Schreiben des Testaments selbst läßt sich viel sagen. Denn das Wesen eines Testaments besteht doch in der Angabe des Berufenen und seines Erbtheils und dieß soll nach bestimmter Vorschrift der Novelle der Erblasser Alles eigenhändig schreiben.

4) Der Testator soll nach Nov. 107. die Namen der Kinder eigenhändig schreiben. Daß der Testator statt des Namens auch eine Beschreibung wählen kann, z. B. mein ältester Sohn der Regierungsrath, muß man Vielen zugeben, weil die demonstratio juristisch die Stelle des Namens vertritt. Allein irrig ist es, wenn Manche glauben, der Vater brauche nach,

Nov. 119. cap. 9.

jetzt auch nicht einmal den Namen der Kinder eigenhändig zu schreiben. Denn diese Novelle geht nicht auf das privilegirte Testament der Nov. 107, sondern Justinian hat sie gegen das gerichtet, was er in

L. 29. C. de testament. (6, 23.)

über gemeine Testamente vorgeschrieben hatte, wo freilich das eigene Schreiben des Namens des Erben als ein superfluum gelten kann, weil hier die Aechtheit des Testaments schon durch die große Zahl der Zeugen gesichert ist.

5) Auch dritten Personen können nach Nov. 107 in dem privilegirten Testament der Eltern Legate gegeben werden, wenn der Testator Zeugen zuzieht, die Zahl nennt Justinian nicht, und so halten Manche zwei Zeugen für hinreichend, während

Fritz not. z. cit.

sogar auf 7 Zeugen gekommen ist. Offenbar muß man aber nach der allgemeinen Regel der

L. ult. §. 2, C. de codicillis (6, 36.)

wie überhaupt bei Codicillen 5 Zeugen fordern.

6) Das Comp. gibt allen Ascendenten das Recht zu einem privilegirten Testament also auch den höheren Ascendenten. Das letzte leugnet

Bülow not. a. cit.

weil die Nov. nur filios nenne, worunter man die Großkinder nicht begreifen könne, doch will er für die letzten eine Ausnahme machen, wenn sie Intestaterben werden gewesen seyn. Das letzte ist nun eine rein willkührliche Inkonsequenz, welche Bülow leicht hätte vermeiden können, wenn er nach

L. 84. 201. 220. de V. S. (50, 16.)

erwogen hätte, daß die Römer unter filii in der Regel alle Arten der Descendenten begreifen.

§. 846.

Ad voc. Vertragsmäßig.

Vertragsmäßige Theilungen hat

Euler not z. cit.

nach römischem Recht in Ansehung der suorum geleugnet, weil ihnen der Hausvater nach §. 246 wegen der unitas perso-

nae nichts schenken könne, und dann hat er sie auch geleugnet in Ansehung aller Kinder, weil die Römer nach §. 852 keine Erbverträge gestattet hätten. Allein da die Römer jedem Bürger Schenkungen auf den Todesfall erlauben und zwar an alle Personen, denen man Legate geben kann, mithin auch an Hauskinder

L. 9—39. L. 5. C. 5—16.

die Eltern auch gewiß in der privilegirten Form ihrer Testamente Legate geben und insofern auch **donationes mortis causa** schließen können — §. 667, 934. — und dann eine bloße Erbtheilung nur auf **activa** geht und keine **delatio hereditatis per pactum** ist, so hat das Comp. gewiß die besten Gründe für sich.

§. 848.

Ad voc. Einheit der Handlung.

In

L. 8. C. de testamentis (6, 23.)

ist gesagt, wenn ein **casus major** und **novus** eintrete und der **timor contagionis** die Zeugen deterrirt, so solle doch im Ganzen von den gewöhnlichen Testamentsformen nichts erlassen seyn, außer, daß die **testes hujus modi morbo appressi** nicht zu gleicher Zeit vereinigt zu werden brauchten. Ueber dieß Alles hat man nun gestritten. Die Praxis nahm stets die im Comp. gebilligte Ansicht an, welche sich auch rechtfertigen läßt, wenn man erwägt, daß **morbi appressus** auch so viel heißt als **morbo de territus** und daß es in Zeiten einer Epidemie der herrschenden Aengstlichkeit wegen sehr schwer hält, in derselben Stunde 7 Zeugen zusammenzubringen. Indeß läßt sich auch für die Idee einiger Glossatoren Manches sagen, nämlich: das Gesetz rede von Zeugen, welche durch einen epileptischen Anfall die andern Zeugen zum Fortlaufen veranlassen, wo man denn warten solle, bis sich der Sturm gelegt habe. Recht künstlich hat

Marezoll not. y. cit.

diese von den Praktikern nie angenommene Idee glaubhaft zu machen gesucht.

§. 852.

Ad voc. Unbedingt alle pacta universalia.

Als Faktum ist es gewiß, daß die Römer jedem Bürger erlauben, seine **activa** auf den Todesfall vertragsmäßig durch eine **donatio mortis causa** einem Andern zu überlassen, auch die **activa** auf einen Andern zu übertragen, welche er von einem Andern geerbt hatte, oder künftig erben werde. Ebenso gewiß ist es, daß die Römer alle **pacta universalia de hereditate** verwerfen, sie mögen nun **acquisitiva, renuntiativa** oder **translativa** seyn. Ueber den Grund hat man bis ins Unendliche gestritten. Aber er liegt ganz nahe. Denn nach §. 532 kann der Bürger einseitig über seine **activa** disponiren, aber nicht einseitig über seine **passiva** oder das, was ihm als **passivum** aufgelegt werden soll. Nun aber sind ja gerade **pacta universalia** die, wo Jemand über seine **activa** und **passiva**, welche er hat, oder welche ihm erst deferirt werden konnten, vertragsmäßig mit einem Dritten paciscirt, und eben dieß widerstreitet den Prinzipien der Cession. Nur durch eine **lex** läßt sich so etwas möglich machen, und daher hatten die alten Römer auch ganz konsequent **testamenta in comitiis**, denen dann später gleichsam als verkleinerte Comition die **testamenta peraes et libram** substituirt wurden, ungefähr, wie man später auch die 30 Curien durch 30 Lictores repräsentirte. Bei diesem **testamento peraes et libram** kam denn freilich auch ein Scheinverkauf vor. Aber die wirkende Kraft lag doch bloß in der gleichsam gesetzgebenden **nuncupatio** des **testatoris**, daher auch diese Testamente der vertragsmäßigen Form ungeachtet vom testator willkührlich widerrufen werden konnten. So ist es denn auch leicht erklärt, wenn Papinian in

L. ult. de suis (38, 16.)

die universellen Erbverträge deßwegen verwirft, **quia privatorum cautio legum auctoritate non censetur.**

§. 853.

Ad voc. Unbedingt als rechtsgültig anzuerkennen sind.

Weil Justinian nach der vorigen Anmerkung die pactiva dispositiva, so weit sie nach §. 852 verboten sind, für lebensgefährlich erklärt und weil das deutsche Recht dasjenige unmöglich erlauben kann, was die Gesetze für schändlich erklären, so hat

Hasse not. q. cit.

behauptet: ungeachtet das deutsche Recht pacta hereditaria acquisitiva gelten lasse, müsse es dennoch für die dispositiva bei Justinians Verbot bleiben. Die Praxis hat aber stets das Gegentheil angenommen und auch wohl mit Recht. Denn bei eigentlichen erwerbenden Erb=Verträgen konnte man ja auch Justinians Aengstlichkeit haben. Allein man ließ sie in Deutschland gelten, weil man den guten Sitten im Ganzen mit Sicherheit trauen könne. Wer dieß Vertrauen aber bei den wichtigsten Verträgen auf den Todesfall haben kann und durch das einheimische feste Gewohnheitsrecht dazu befugt ist, der kann ohne Inkonsequenz bei den minderwichtigen pactis dispositivis nicht die umgekehrte Idee zum Grunde legen. Indeß ist doch wieder

Hahn not. q. cit.

für die entgegengesetzte Ansicht, weil die pacta dispositiva keine eigentliche Erbverträge seyen, weil sie also auch nicht durch die deutschen Grundsätze über Erbverträge getroffen werden, gerade als ob es nicht das beste Verdienst der Rechtswissenschaft wäre durch gute Analogien die möglichste Rechtseinheit zu schaffen.

§. 854.

Ad voc. Ex jure sanguinis.

Justinian hat die successio ex jure sanguinis vielfach ganz neu bestimmt und dabei auch viel Aelteres, besonders

aus dem Edikt, beibehalten, ja sogar Manches aus dem älteren Civilrecht, worauf er schwerlich würde gekommen seyn, wenn er ohne alle angewöhnten Herkömmlichkeiten sich der Vernunft hätte überlassen wollen. Um ihn nun recht zu verstehen, sind folgende Nebenbemerkungen nöthig.

I. Die Verfasser der 12 Tafeln hatten das Hauptprincip **mulier finis familiae est.** Ist also jemand dem Erblasser als bloßer **Cognat** — §. 144. — über ein Weib verwandt, so gilt er gar nicht als successionsfähiges Familienglied. Nach der Strenge des Civilrechts wird denn auch ein **emancipirter suus** als bloßer **Cognat** behandelt, weil die **emancipatio** nach §. 389 die **jura familiae** vernichtet. Dem Erblasser succediren also nur seine Agnaten, männlichen oder weiblichen Geschlechts, und zwar in der ersten Klasse — **ordo** — die **sui** — §. 867. — in der zweiten Klasse aber die **agnati proximi.** Da ein **suus** nach dem alten System Erbe seyn und bleiben mußte, so konnte nach den 12 Tafeln, sobald nur ein **suus** da war, von keiner **successio graduum** die Rede seyn, d. h. vom Heruntersinken der Erbschaft auf entferntere Descendenten, so wenig als von einer **successio ordinum.** — Der **Agnatus proximus** kam also nur an die Reihe, wenn gar kein **suus** da war und wenn der berufene **agnatus proximus** ausschlug, so ließ man auch für den entfernteren Agnaten nach dem alten Civilrecht keine **successio graduum** gelten, indem die 12 Tafeln nun einmal gesagt hatten, wenn kein **suus** da sey, so solle der **agnatus proximus** die Erbschaft haben. Auch nach Einführung des **beneficii abstinendi,** der **suorum** — §. 987. — ließ man es bei jenen harten nun einmal eingewurzelten Sätzen.

II. Das Edikt, welches 7 **ordines** hatte, nämlich 3 besondere Klassen für Patronatsverhältnisse, welche uns hier nichts angehen, eine Klasse für Mann und Frau, und dann noch vorzüglich für Verwandte; **unde liberi, unde legitimi und unde cognati,** suchte denen, welche **ex lege civili** berufen waren, so wenig als möglich zu schaden, rief also im Ganzen in der ersten Klasse die **suos,** wie sie das Civilrecht gerufen

hatte, also ohne successio graduum bloß mit der höchst billigen Neuerung, daß es die emancipati den suis gleich setzte. In der Klasse unde legitimi rief der praetor alle Andere ex lege civile berufenen Erben, also die, welche die 12 Tafeln gerufen hatten — nämlich die agnatos proximos und patronos, — so wie die, welche durch die neuen Civilgesetze gerufen seyen, oder gerufen werden konnten. Weil aber das Civilrecht für die agnatos keine successio graduum hatte, so, nahm sie das Edikt auch hier nicht an.

Endlich werden in der Klasse: unde cognati, die Verwandten gerufen, die ex lege civili keine Erbansprüche hatten, nämlich entferntere Agnaten, wenn die näheren ausgeschlossen hatten und eigentliche Cognaten, aber im Ganzen nur bis zum 6ten Grade. Der nähere schloß in dieser Klasse immer den entfernteren aus, doch gestattete der Prätor hier, wo ihn kein altes Civilrecht weiter genirte, sehr billig die volle successio graduum. Auch nahm der Prätor für jene 3 Klassen eine volle successio ordinum an, so daß also, wenn die Personen der vorhergehenden Klasse nicht erben wollten oder konnten, nur die Personen der folgenden Klasse an die Reihe kamen.

III. Justinians Hauptveränderungen in der Nov. 118 und der Nov. 127, welche noch einen kleinen Nachtrag giebt, sind nun diese:

1) Volle Gleichstellung der Agnaten und Cognaten, also auch Successionsfähigkeit der letzten in infinitum, wie sie nach dem Civilrecht die Agnaten immer hatten.
2) Es soll für alle Klassen successio ordinum gelten und für die Personen jeder Klasse auch die successio graduum.
3) Es soll eine neue Reihenfolge der Erben nach 4 Klassen gelten. Justinian macht sich in Nov. 118 zwar die Sache leicht, indem er kapitelweise erst von Descendenten, dann von Ascendenten und dann von Collateralen redet, bei welcher Ordnung auch manche unserer Lehrer geblieben sind. Allein da die Collateralen auch mit

Ascendenten succediren können, und da hier doch vorzüglich Alles davon abhängt, daß man Klassen oder Schichten hat und deutlich sieht, wenn die Erben gradatim auf einander folgen oder mit einander verbunden sind, so ist die der Stellung nach Klassen, wie sie das Comp. gegeben hat, gewiß weit vorzuziehen. Man nennt diese 4 Klassen die Kochischen, aber man kann es nur deßwegen thun, weil in der Kochischen Schrift über Intestaterbfolge jene 4 Klassen mit besonderem Fleiß dargestellt sind. Denn schon früh waren sie als richtig anerkannt, wie die alten 4 berühmten Strophen zeigen.

Descendens omnis succedit in ordine primo
Ascendens proprior Germanus filius ejus
Tunc latere ex uno frater quoque filius ejus
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

§. 855.

Ad voc. Durch das Anwachsungsrecht an diese Miterben.

Das alte Recht hatte entschieden das Prinzip, daß das, was ein Miterbe ausschlage, seinem Miterben akkrescire.

L. 5. de B. P. (37, 3.)

Dagegen meint nun aber

Fraxate not. g. cit.

Justinian habe dieß in

Nov. 118.

geändert, weil er in dieser Nov. für alle Klassen die successio graduum eingeführt habe und weil auch vermöge

L. 2. §. 18. ad Sct. Tertull. (38, 17.)

das ältere Recht des jus accrescendi der Gradualsuccession nachgesetzt habe. Wenn also z. B. der Erblasser A die Söhne B C hinterließ, der C aber einen Sohn D hat, und nach dem Tode des A der B antrete, aber der C ausschlage, so falle der Theil des C nicht durch das jus accres-

cendi an B, sondern er werde durch **successio graduum** auf D übertragen. Allein die Nov. ändert in Beziehung auf das ältere Recht an dem **jure accrescendi** nichts und die

L. 2. §. 18. cit.

spricht offenbar von concurrirenden Miterben, welche ohne Gradualsuccession gewisse Rechte haben, wie

Baumeister not. g. cit.

vortrefflich entwickelt hat. — Die **not. g.** muß aber **not. h.** und die **not. h.** muß **not. g.** seyn.

Ad voc. Deren Theile die Gesetze nach Kopfzahl bestimmen.

Nach gewöhnlichen Regeln der **communio** ist es ausgemacht, daß, wenn mehrere Personen unbestimmt zu einem Objekt gerufen sind, im Zweifel Kopftheile gemacht werden müssen. Sind indeß Personen nicht **in capita** gerufen, sondern nach dem Bande, so kommt es natürlich auf die Vielfachheit des Bandes an. Solche Vorschriften haben wir nun für die erste und zweite Klasse, indem nach der Nov. 118 entfernte Descendenten und Bruderkinder **in stirpes** und Ascendenten, wenn sie allein da sind, **in lineas** succediren sollen. Ist also z. B. ein alter Sohn dem Altvater auf der einen Seite durch seinen Vater und auf der andern auch durch seine Mutter verwandt, nämlich wenn sie **consobrini** geheirathet haben, so bekommt er neben einem Aeltersohn, welcher mit dem Aeltervater nur durch seine Mutter oder durch seinen Vater zusammenhängt, eine doppelte Portion. Ebenso kann, wenn nur Ureltern des Erblassers **A** da sind, der Urvater **X**, welcher in der väterlichen und mütterlichen Linie des **A** steht, in der väterlichen Linie $^1/_2$ verlangen und dann mit der in der mütterlichen Linie stehenden Urgroßmutter **Z** die andere auf die mütterliche Linie gefallene Hälfte theilen. Dieß ist unwidersprechlich, aber völlige Verkehrtheit ist es, wenn Manche dieß auch auf die 4te Klasse der **successio ex jure sangui-**

nis ausgedehnt haben, indem ja nach §. 863 in dieser Klasse nicht nach dem Bande, sondern bloß unter die nächsten nach Köpfen getheilt werden soll. Zur Erläuterung nehme man folgenden Fall. Der Erblasser **A** hat drei Brüder, **B C D**, der **B** hat einen Sohn **E**, der **E** hat 3 Söhne, **G H Z**, der **C** hat einen Sohn **K**. Der **D** hat eine Tochter **L**. Der **K** heirathet die **L**. Aus dieser Ehe des **K** und **L** wird **M** geboren. Nimmt man hier nun an, daß beim Ableben des **A** die Descendenten **B C D** und auch **E K L** todt sind, also nur noch am Leben **G H J M**, so muß man sagen: die Succession der Geschwister-Kindes-Kinder gehört zur 4ten Klasse, wo nach klarer Vorschrift der

Nov. 118.

nur in capita succedirt wird. Es erhalten hier also **G H J** nicht als Stammtheil das $1/3$, welches ihr Großvater **B** zu fordern gehabt hätte, und **M** bekommt nicht als **cognatus duplex** des **A** das $1/3$ welches **C** und das andere $1/3$, welches **D** als lebend hätte fordern können, sondern man muß sagen, es wird hier bloß **in capita** succedirt, also bekommen **G H J M** jeder $1/4$ der Erbmasse.

Ad voc. Zufolge einer häufigen älteren Praxis.

Diese hier erwähnte Praxis ist von den neueren Juristen fast überall mit vollem Recht verlassen. Denn sie führt in Beziehung auf die Vertheilung der Schulden zu unauflöslichen Schwierigkeiten und ist auch dazu ganz unjuristisch. Denn die Römer behandeln die aus unzertrennlich verbundenen **activis** und **passivis** bestehende Erbschaft als eine einzige unkörperliche Einheit

L. 3. pr. §. 1. de B. P. (37, 1.)
L. 208. de V. S. (50, 16.)

und so kann die successio ab intestato in Betreff der ganzen Erbschaft nur nach den statutis personalibus — §. 38. —

des Erblassers regulirt werden, für welche Idee sich jetzt wieder erklärt hat

Schweppe 1. Bd. S. 51. 56. 57.

§. 856.

Ad voc. Nach dem Tode des Erblassers concipirt.

Zufolge der Gesetze in **not. s.** ist nach dem Pandektenrecht dieser Satz vollkommen gewiß. Allein man kann ihn auch noch nach

Novella 118. Cap. 1.

vertheidigen. Dieß leugnet

Voet **lib. 28. tit. 17. §. 6.**

weil ja die Novelle absolut alle Descendenten rufe. Allein erwägt man, daß die Pandekten sagen: ein nach dem Tode des Erblassers concipirtes Kind sey gar nicht als **Cognat** des Erblassers zu betrachten, mithin auch von der **Bonorum Possessio** ganz ausgeschlossen, und nimmt man dann noch hinzu, daß jene Novelle nur das Verhältniß der **Agnaten und Cognaten** bestimmt, keineswegs aber Arten der Verwandtschaft einführt, welche man früher nicht angenommen hatte, so muß man die Meinung von Voet, ungeachtet ihrer etwaigen Billigkeit, ganz verwerfen. Ganz unrichtig ist es, wenn sich Glück **not. s. cit.** gegen das **Comp.** deßwegen erklärt hat, weil das ältere Recht den **post mortem conceptus** bloß von den Vortheilen der Suität — §. 867. — ausgeschlossen habe, auf welche Suität nach der Novelle **118** nichts mehr ankomme, denn die Pandekten sagen ja ausdrücklich, daß der **post mortem conceptus** gar nicht als **Cognat** des Erblassers gelte.

§. 857.

Ad voc. Des annehmenden Vaters Agnaten in aufsteigender Linie.

Dieser Punkt ist schon in der Anmerkung zu §. 384 vollständig erörtert.

§. 860.

Ad voc. Vereint neben dem Adoptivvater eine Konkurrenz gestatten.

Der Satz, den hier das Comp. ausspricht, ist gewöhnlich angenommen und hat auch sehr gute Gründe für sich, denn wie hier auch das ältere Recht beschaffen gewesen seyn muß, — und darüber sind die Ansichten sehr verschieden, — so kassirt doch die Nov. 118 das ganze alte Intestaterbrecht der Verwandten und stellt die Agnaten den Cognaten völlig gleich. Also steht nun der **pater arrogator** und **plene adoptans** als Agnat der leiblichen Eltern völlig gleich und umgekehrt. Daß der erste dem leiblichen Vater vorgehe, weil ein Kind nicht 2 Väter haben könne, behauptet zwar

Mühlenbruch **not. a. cit.**

allein das bürgerliche Recht kann ja vieles möglich machen, was die physische Natur nicht zu schaffen vermag. Bei der **adoptio minus plena** ist auch dasselbe, indem hier das Kind ausgemacht gegen seinen Adoptivvater die Intestaterbrechte eines Kindes hat und doch auch seinen leiblichen Vater succedirt.

§. 861.

Ad voc. Ohne auf den Ursprung des Vermögens zu sehen.

Es giebt mehrere, welche behaupten, wenn ein Kind da sey, dem die Ascendenten in der zweiten Klasse succediren, so bekomme jeder Ascendent dasjenige als **praecipuum**, was das Kind von den in der Linie des succedirenden **parens** stehenden Ascendenten erworben habe, weil es im ältern Recht so gewesen sey. Allein man kann hier auf keinen Fall von dem älteren Rechte Gebrauch machen, da die Novelle 118 das ganze ältere Recht kassirt und ausschließlich die nächsten Ascendenten ruft und gleiche nahe Ascendenten **aequaliter**, ohne irgend auf den Ursprung des Vermögens zu sehen. Deutsche Statute

haben freilich da und dort ein jus recadentiae eingeführt, aber es existirt dafür durchaus kein gemeines deutsches Gesetz.

Glück Intestaterbfolge.

Ad voc. An den Adventitien des Erblassers zugestandenen Nießbrauch.

Man leugnete bisher sehr häufig diesen Satz des Comp. aus folgenden Gründen: der Vater habe an sich einen lebenslänglichen Nießbrauch an den Adventitien des Haussohns und dieser Nießbrauch gehöre nicht zum Vermögen des Sohnes. Wenn also in

Nov. 118. cap. 2.

gesagt werde: der Vater solle nach des Sohnes Tode mit den vollbürtigen Brüdern das Vermögen des Sohnes theilen, so kann der Nießbrauch an den adventitiis dazu nicht gerechnet werden. Allein mit Recht hat sich

Löhr not. n. cit.

dagegen erklärt, und man muß ihm wenigstens aus dem Grunde beipflichten, weil früher die Kinder bei der Intestaterbfolge den Vater ganz ausschlossen, weil ihn aber die Novelle **118 cap. 2.** mit den Brüdern ruft und wegen dieses dem Vater gegebenen neuen Vortheils unbedingt sagt: der Vater solle dagegen an der Portion der Brüder **nullum usum** haben.

§. 862.

Ad voc. Bei dem Blute ꝛc.

Es giebt Manche, welche behaupten, wenn **fratres consanguinei** und **uterini** in der dritten Klasse concurirten, so kann der **frater consanguineus** das, was der Erblasser vom Vater und der **uterinus**, was er von der Mutter erworben habe, als **praecipuum** fordern, und zwar wegen

L. 13. §. 2. C. de legit. hered. (6, 58.)

Allein in diesem Gesetz steht etwas der Art nur für den Fall, wenn **fratres germani** und **consanguinei** mit einander concurriren, wie es von **Justinian** erlaubt war, allein nach

Nov. 118. gehören ja die consanguinei in die dritte Klasse, während germani in der zweiten succediren und also kann nach jener Novelle von einer Konkurrenz der vollbürtigen und Halbbrüder gar nicht die Rede seyn. Hätte aber auch das ältere Recht die Singularität in Betreff des Herausreißens der väterlichen und mütterlichen Güter gehabt, so konnte doch nach Nov. 118. gar nicht weiter davon die Rede seyn, weil die Novelle nun einmal das ganze ältere Recht kassirt und den Brüdern nirgend jene lächerliche praecipua einräumt.

§. 864.

Ad voc. Die undotirte Frau.

In Betreff dieser von Justinian eingeführten Succession der armen undotirten Wittwe eines reichen Mannes hat Justinian leider nicht bestimmt, was zum Reichthum und zur Armuth gehöre, doch nahm die Praxis in Betreff der Armuth bisher immer an, daß sie statt finde, wenn sich jemand aus den Revenüen seines Vermögens nicht ernähren könne, dabei sind aber noch folgende Fragen:

1) Muß die arme Wittwe ihr bisher eigenes Gut in die quarta oder portio virilis einrechnen? Viele bejahen es, aber man muß es durchaus mit andern verneinen. Denn in

Nov. 53. cap. 6. §. 1.

ist nur gesagt: sie solle die Legate, welche ihr der Mann hinterließ, mit einrechnen, und dabei ist auch gesagt: sie solle die quarta oder portio virilis aus dem Vermögen des Mannes haben.

2) In welchem Augenblicke muß die Wittwe arm seyn? Früher sagte man immer, sie brauche nur im Augenblick des Todes des Mannes arm zu seyn. Allein man muß durchaus behaupten, daß sie bis zur Erbantretung arm bleiben muß. Denn ihre Armuth ist ja der Grund ihres Erbrechts und macht sie dazu fähig. Nun aber muß nach §. 975 bei heredibus extraneis die Erbfä-

higkeit vom Augenblick der delatio bis zur aditio fortdauern. Zuletzt hat sich für diese richtige Idee auch erklärt

Glück Intestaterbfolge, 2. Auflage, §. 126.

Ad voc. Aber nicht als eigentlicher Erbe.

Es ist gewiß, daß seit August die **bona vacantia** erblicher Bürger dem Fiskus zugesprochen wurden. Allein gilt der Fiskus hier auch als **heres**? Manche bejahen es, aber ohne Grund, denn in den Gesetzen ist dieß nirgends gesagt, sondern nur, daß der Fiskus dasjenige behalten könne, was nach Abzug der Schulden und Legate übrig bleibe.

L. 96. §. 1. de legat. I. 30.

L. 1. §. 11. L. 11. de jure fisci (49, 14.)

Die Gegner stützen sich zwar darauf, daß nach

Novelle 1. cap. 4. in fine

die Vorschriften über das **beneficium inventarii** — §. 874 auch den Kaiser binden sollen. Allein diese Novelle geht ja nur auf den Fall, wenn der Kaiser als Erbe gerufen ist. Die richtige Ansicht hat

Blume not. f. cit.

am besten vertheidigt, und wenn

Buchholz not. f. cit.

die falsche Theorie wieder vertheidigte, so würde es wohl nicht geschehen seyn, wenn er die Abhandlung von Blume gelesen hätte.

§. 867.

Ad voc. Haussöhne werden daher sui.

Gewöhnlich definirt man die **suos** so, daß man sagt: **sui** sind Hauskinder, die im Augenblick der **delatio hereditatis** ohne einen in der Mitte stehenden erbfähigen Descendenten ihrem Ascendenten unmittelbar durch **potestas** verbunden waren. So sprechen nun freilich auch unsere Rechtsquellen, namentlich

Gajus II. 158.

§. 27. de hereditatib. quae ab intestato. (3, 1.)

aber sie thun es immer nur in Beziehung auf Intestaterbfolge, wo jene Beschränkungen nothwendig sind, weil hier die Erbschaft, wenn sie an die persona intermedia fällt, bei diesen liegen bleibt und so auf den remortior nicht fallen kann, z. B. A hat sub potestate den Sohn B und auch dessen Sohn C und ebenfalls den von C gezeugten Sohn D. Stirbt hier nun A ohne Testament, so ist B alleiniger Erbe und schließt als persona intermedia den C und D aus, welche denn in sofern, als sie gar keine Erben werden, auch nicht sui heredes genannt werden können. Allein man nehme den Fall, daß A testirt und nun den Sohn B, den Großsohn C und den Aeltersohn D jeden auf $^1/_3$ einsetzt, da bei der Testamenterbfolge bloß ex dispositione testatoris, aber nicht nach Gradationen succedirt wird, und da C D so gut mit A der potestas des A wegen eine Person ausmachen als B, so ist hier gar kein Grund einzusehen, warum C D nicht auch als heredes des Testator A gelten sollen. Hierauf hat zuerst Löhr not. q. cit. aufmerksam gemacht, womit auch

L. 6. §. 5. 6. de acquirenda hereditate (19, 2.)
L. 13. de bonis libertat. (38, 2.)

sehr gut zusammenhängen, dieß ist denn gleich zugegeben von

Franke not. q. cit.

Auch

Mühlenbruch in Glück 36. Bd. S. 139—164

giebt zu, daß C und D in jenem Fall ipso jure erben, daher will er sie nicht suos nennen, weil die Römer nur den unmittelbar mit dem testator verbundenen Haussohn, welcher Notherbenrechte hat, mit dem Ausdruck suos bezeichnen. Man kann über diese philosophische Züchtigkeit ohne Unruhe das in verbis simus faciles aussprechen, besonders wenn man bedenkt, wie selten die Römer ganz regelrechte Definitionen machten. Dabei sind aber noch diese Punkte auszuheben:

1) Viele sagen wegen der durch patria potestas begründeten unitas personae sey der Haussohn gewissermaßen Erbe des Seinigen und daher könne jenes sui gleichsam als ob dieß Letzte der Genitivus singularis

eines Subſtantiv suum wäre, angeſehen werden. Allein die Römer dekliniren hier ja das Wort als adjectivum durch alle Kaſus, z. B. suus heres oder gar ſchlechthin suus, sui heredes, suo heredi, suorum heredum etc. Gewiß war alſo der Grund des Ausdrucks, worauf auch

Gajus II. 157.

hindeutet, weil die Hauskinder ihrer Unterthänigkeit wegen dem Hausvater gehören, daher Möſer die ſ. g. Suität in alter Sprache recht gut durch Hörigkeit überſetzt hat. Aus dieſem Grunde werden auch diejenigen, welche zur Bedienung einer Perſon gehören, sui genannt.

L. 73. §. 1. de jure dotium (23, 3.)

L. 21. §. 1. de donat. inter v. (24, 1.)

Die Sache iſt auch ganz ebenſo begreiflich, als wenn wir ſagen die Seinigen.

2) In der Schrift von

Grieſinger not. s. cit.

iſt mit dem großen gelehrten Apparat ausgeführt, nach den 12 Tafeln ſey nur der Sohn, aber nicht die Tochter und der Enkel suus geweſen, doch giebt Grieſinger zu, daß ſich dieß ſpäter geändert habe. Allein ſeine nur hiſtoriſch bedeutende neue Behauptung iſt falſch, wie

Savigny in den not. s. cit. Jahrb.

unwiderſprechlich gezeigt hat. Hätte

Glück not. s. cit.

die Recenſion jener Jahrbücher geleſen, und noch daneben gewußt, daß ſie von Savigny ſey, ſo würde er ſich himmelfeſt gegen Grieſinger erklärt haben, wie es denn auch wieder gethan hat

Mühlenbruch in Glück 36. Bd. S. 163—299.

§. 868.

Ad voc. Bonorum possessio extraordinaria.

Um das, was das Comp. über dieſe B. P. geſagt hat,

vollständig zu verstehen, nehme man diesen dazu gehörenden Fall. A stirbt intestatus und hinterläßt einen lebenden Sohn B, welcher nachher wegfällt und einen Sohn C hinterläßt, darauf will nun der Großsohn C, welcher die Erbschaft seines Vaters B als gefährlich ausschlägt, die Erbschaft seines Großvaters A separatim für sich nehmen. Kann dieß nun statt finden und wie? Man unterscheide hier diese Fälle:

I. Nach dem Tode des A hat B die Erbschaft des A positiv angenommen, dann ist sie nach §. 988 integrirender Theil des Vermögens des B geworden, fällt also nun nach dem Tode des B als Theil des Nachlasses des A auf dessen Erben. Entsagt also C der Erbschaft, so ist es unmöglich, daß C die Erbschaft des A bekommen kann.

II. Der überlebende B hat die Erbschaft des A nicht durch positive Willenserklärung erworben, dann sind diese Fälle:

1) Der B entsagte der Erbschaft des A als emancipatus durch repudiatio oder als suus durch absentio. — §. 987. Dann kann C, indem er der Erbschaft des B entsagt, die Erbschaft des A separirt bekommen, aber nach dem älteren System von Novelle 118 nur durch B. P. ex edicto unde cognati. Denn nach der Anmerk. zu §. 854 konnte das ältere Recht und auch das Edikt in der Klasse unde liberi und unde legitimi keine successio graduum, aber die entfernteren Descendenten konnten doch nach dem Wegfallen des Näheren ex edicto unde cognati durch successio ordinum eintreten, da aber nach der Anmerk. zu §. 855 zufolge

Novelle 118.

für alle Klassen, also auch für die der Descendenten die successio graduum eintritt, so kann nun in jenem Fall der C geradezu in der ersten Klasse als Gradualerbe an die Stelle des B treten.

2) Der B hat weder angenommen noch entsagt und stirbt in diesem Zustande nach A. Wenn dann der B ein emancipatus des A, also nicht ipso jure dessen Erbe geworden, so tritt aus den unter Nr. 1 angegebenen

Gründen der C nach dem älteren System ex edicto unde cognati, nach der Novelle 118 aber als Gradualerbe der ersten Klasse an die Stelle des B, sofern nämlich der A keinen transmissarius hat, welcher nach den Grundsätzen des §. 826 an seine Stelle treten könnte. Allein gesetzt, B war ein suus des A und starb ohne abstinirt und positiv angetreten zu haben? Auf diesen Fall allein scheint die berühmte

L. 3. C. unde liberi (6, 14.)

zu gehen.

§. 869.

Ad. voc. Nicht durch einen Bevollmächtigten geschehen.

Daß der Civilerbe **nicht per procuratorem** antreten kann, sagen die Gesetze in **not. l.** ganz klar und sie lassen sich auch historisch leicht begreifen. Denn die alte Lieblingsform der Antretung war früher die feierliche **actio**, wobei die **verba solennia** auf die Person des Prinzipals lauteten, also nicht von einem Prokurator ausgesprochen werden konnten. Justinian erließ nun alle **verba solennia** und gestattete eine **hereditatis aditio** mit einfachen Worten. An die Folgen des alten Rechtssatzes gewöhnt, ließ er aber doch blindlings diese Folgen unter den neuen Grundprinzipien stehen. Inkonsequent war dieß offenbar und daher haben denn Manche dadurch zu helfen gesucht, daß sie sagen, die neue einfache **hereditatis aditio** bringe es mit sich, daß die einfache Erklärung an den **procurator** schon an sich eine **hereditatis aditio** involvire und da könne dann von einer **aditio per procuratorem** nicht weiter die Rede seyn, weil eine einmal angetretene Erbschaft nicht noch einmal wieder erworben werden könne. Allein dieß sind falsche Argumente, denn in dem Auftrage, daß der Prokurator dann antreten solle, liegt nur die Willenserklärung, daß der mandans durch die Erklärung des Procurators Erbe werden wolle und dieß kann unter Um-

ständen bedeutend werden, weil man eine angetretene Erbschaft nicht nachher wieder aufgeben, wohl aber ein ertheiltes Mandat vor der Ausführung widerrufen darf.

§. 869.

Ad voc. Ist unerweislich.

Das Gegentheil des Satzes hat

Beckmann not. r. cit.

behauptet, aber mit reiner Willkühr, denn in

L. 8. pr. §. 1. 2. C. de bonis quae liberis (6, 61.)

worauf er sich beruft, ist einzig die Rede davon, daß der Vater, wenn der Sohn antreten kann und nun gegen den Willen des Vaters die Antretung verweigert, statt des Sohnes antreten darf, wahrscheinlich damit der Trotz des Sohnes dem Vater nicht nachtheilig werde, welche ganze Idee sich auf einen unschuldigen furiosus anwenden läßt.

Ad voc. Oder wenn der Sohn als infans starb.

Vor Theodos Valentinian ist in

L. 18. C. de jure de liberandi (6, 30.)

soweit es hieher gehört, dieß verordnet: der Hausvater kann die seinem filius familias infans angefallene Erbschaft für das Kind gegen die gewöhnlichen Regeln des §. 869 antreten. Versäumt er dieß und stirbt das Kind während der infantia, so kann doch der Vater die dem Kinde deferirte Erbschaft **jure patrio** für sich antreten.

Zu dem älteren System über Kindergüter paßte dieß ziemlich gut. Denn danach könnte man sagen: dem Hausvater gehört an sich Alles, was der Sohn selbst von Außen erwirbt. Versäumte er also für das Kind die Antretung, so soll dieß kleine Versehen ihm keinen reellen Schaden bringen. Zu den Neuerungen Konstantins und seiner Nachfolger, und namentlich Justinians, wonach man allmählich alle **bona adventitia** der Proprietät des Haussohnes und seiner Erben überließ — §. 253. — paßt dieß freilich nicht zum

Besten. Allein die neueren Constitutionen über die Aenderung dieses Peculiärsystems stehen nun einmal in der

L. 18. C. cit.

im Codex sind also durch die C. 18. cit. zu beschränken, da selbst klassische Juristen zur Ehre des alten Systems da und dort Manches annahmen, was im Grunde zum neuen System nicht recht paßte, z. B. §. 856. not. q. Hienach hätte denn dieser ganze Punkt mit den Intestaterbrechten des Hausvaters nichts zu thun, also ändern auch die neueren Grundsätze über Intestaterbfolge nicht das Geringste an der

L. 18. C. cit.

§. 871.

Ad voc. Nach den Gesetzen verbessert werden.

Um alles deutlicher einzusehen, was das **Comp. im** §. 871. über Vertheilung der Erbschaften gesagt hat, ist hier noch dieß zu bemerken. Nach der 2. Anmerk. zu §. 820 giebt es 3 Arten der **heredis institutio**, nämlich **in re singulari**, die **indefinita**, und die **in parte quota**. Die gewöhnliche Sitte der Römer war, daß sie die Erbschaft, welche als ein Ganzes **As** hieß, in **12** Theile theilten, deren jeder **uncia** hieß. Hiernach lassen sich nun jene **3** Fälle **rein**, aber auch vermischt denken.

I. Reine Fälle sind diese:

1) Die Erben sind sämmtlich **nur in re certa** eingesetzt. Dann bekommen sie nach der 2. Anmerk. zu §. 820 die ihnen angewiesene **res singularis** als **praecipuum** und theilen dann ohne Rücksicht auf den Werth dieser Sache den Ueberrest der Masse nach Köpfen, weil Niemand **pro parte intestatus** erben darf. — §. 824.
2) Sie sind sämmtlich **indefinite scripti**.

„A, B, C sollen meine Erben seyn."

Hier erhält jeder einen Kopftheil. Sind indeß **mehrere indefiniti scripti in derselben propositio ge-**

nannt, so gelten sie nur als ein Kopf, z. B. der Testator sagt:

„A soll mein Erbe seyn.

„B, C sollen meine Erben seyn.

„D, E, F setze ich auch ein.

Hier fällt nun $^1/_3$ auf A, $^1/_3$ auf B, C und $^1/_3$ auf D, E, F.

3) Sie sind sämmtlich in parte quota eingesetzt. Dann hat jeder Anspruch auf den ihm angewiesenen arithmetischen Theil der Masse, und wenn die Anweisung gehörig erschöpfend ist, so behält es dabei sein Bewenden. Allein gesetzt: der Testator macht Rechnungsfehler? Dieß kann so geschehen:

a. Er verschreibt zu wenig, welches er nach der Regel **nemo pro parte testatus etc.** nicht hätte thun sollen. Dann wird das **vacans** unter die Erben nach Maaßgabe der Größe ihrer Portionen vertheilt, z. B. das Testament lautet so:

„A soll mein Erbe seyn auf $^4/_{12}$."

„B mein Erbe auf $^3/_{12}$."

Da hier der Testator über den Rest von $^5/_{12}$ nicht testirt hat, so wird dieser auf **A** und **B pro rata** der Größe ihrer Erbportionen vertheilt, also bekommt **A 4** und **B 3** Theile von jenem offen gelassenen $^5/_{12}$.

b. Er vertheilt zu viel, z. B. das Testament sagt:

„A soll mein Erbe seyn auf $^{10}/_{12}$."

„B mein Erbe auf $^3/_{12}$."

„C mein Erbe auf $^{20}/_{12}$."

Hier muß nun jeder Erbe **pro rata** einen Abzug leiden. Man rechne mithin so: $^{33}/_{12}$ können nur $^{12}/_{12}$ bekommen, wie viel bekommen also nach der Regel Detri respektive 10, 3 und 20 von 12? Als Ueberschwerung gilt es aber nach

L. 23. C. de legat. (6, 37.)

nicht, wenn der Testator dem einen ein Ganzes, und dem andern von diesem Ganzen einen Theil giebt.

Denn dann muß der erste dem Letzten den ganzen angewiesenen Theil abgeben. Z. B. der Testator sagt: „es soll der A sein heres ex asse seyn, aber der B soll $\frac{1}{3}$ der Masse haben.“ Hier muß A an B das ganze $\frac{1}{3}$ abgeben.

II. Gemischte Fälle sind diese:

1) Es sind **heredes in re certa** da, aber neben diesen **heredes indefinite** oder **in parte quota scripti**, dann gelten die ersten nach der 2. Anmerk. zu §. 820 als bloße **legatarii**.

2) Es sind theils **heredes indefinite scripti**, theils **heredes in parte quota** vorhanden. Ist dann den letzten nicht Alles angewiesen, so bekommen die ersten das Uebrige und theilen dieß nach den obigen Regeln unter Nr. I. 2, z. B. der Testator sagt:

„A setze ich ein auf $\frac{1}{3}$.“
„Ebenso C auf $\frac{1}{3}$.“
„Der X soll mein Erbe seyn.“

Hier bekommt X das letzte noch offene $\frac{1}{3}$.

Allein gesetzt dasjenige, was den **heredibus in parte quota** angewiesen war, erschöpfe schon die Masse? Hat dann der Testator ausdrücklich gesagt, die **indefinite scripti** sollen den Rest haben, so hält sich die römische Sylbenstecherei an das Wort und sie bekommen nichts. That er dieß aber nicht, so wird angenommen, er habe nur aus Versehen die Brüche falsch gerechnet, und man müsse daher, um der **voluntas praesumta** nachzuhelfen, eine chirurgische Kur anwenden, mithin so weit es nöthig sey, um einen Ueberschuß für die **indefinite heredes scriptos** herausbringen, die **portio** der **heredum in parte quota** auf respektive **1** reduziren — **dupondium** fit — oder auf $\frac{1}{3}$ — **tripendium** fit — oder auf $\frac{1}{4}$ — **quadripondium** fit — u. s. w. Lautet also das Testament so:

A soll mein Erbe seyn auf $\frac{2}{12}$.

B mein Erbe auf $^{11}/_{12}$.
C setze ich auch ein.

so bekommt A nur $^{3}/_{24}$, B nur $^{11}/_{24}$, mit welchem Abschneider dann ein Rest von $^{10}/_{24}$ bleibt, welcher auf C fällt. Hatte dagegen der Testator dieß verordnet:

A soll mein Erbe seyn auf $^{11}/_{12}$.
B auf $^{11}/_{12}$.
C auf $^{12}/_{12}$.
D setze ich auch ein.

so wäre durch Verwandlung der 12 Theile in 24 Theile auch noch nicht geholfen, denn dann käme heraus $^{34}/_{24}$, welche die Masse auch nicht geben kann, am wenigsten mit dem Ueberschuß für D. Also heißt es hier **triplondium fit.** Jeder **heres in parte quota** erhält also für jedes ihm angewiesene $^{1}/_{12}$ bloß $^{1}/_{36}$. Damit bekommen sie sämmtliche $^{24}/_{36}$ übrig. Diese Operation geht dann weiter fort auf **quadri pondium** u. s. w., wenn es der Testator noch ärger gemacht hat.

§. 873.

Ad voc. Uneigentlich s. g. Deliberationsfrist.

Der Verfasser des Comp. hat in der ersten Ausgabe seiner in not. 1. citirten „Versuche" die Behauptung aufgestellt, der berufene Erbe verliere nicht bloß ein Jahr nach der bekannt gewordenen Berufung das Recht, die Erbschaft auf seine Erben zu transmittiren, sondern er verliere auch für seine Person das **jus adeundi.** Etwas scheint diese Idee unterstützt zu werden durch die in

L. 19. C. de jure deliberandi (6, 30.)

enthaltenen Worte: **nec heredibus essus regressus etc.**

Allein der ganze Zusammenhang zeigt klar, daß Justinian hier nur von der **transmissio** auf die Erben des berufenen Erben reden wollte, daß also **post annum die transmissio** wegfällt, daß aber doch der zuerst berufene Erbe für

seine Person auch post annum antreten kann, wie es die Römer auch für die Civilerben annehmen. Der Verfasser des Comp. hat in der 2. Ausgabe seiner Versuche gegen sich selbst diese richtige Idee vertheidigt, welche auch allgemein angenommen ist, während sich jetzt unerwartet

Mühlenbruch Pandekten **tom. 36. pag. 324. 325.**

für die falsche Ansicht erklärt hat.

Ad voc. Nachher aber nur dann ꝛc.

Aus den Gesetzen in **not. n.** ergiebt sich offenbar das hier im Comp. aufgestellte Resultat, dagegen aber behauptet Marezoll in dem **not. m.** citirten Archiv, daß der Erbe, welcher keine Deliberationsfrist erbat, schon 3 Monate nach erfahrenem Erb-Anfall nicht mehr ausschlagen könne, welches denn offenbar gegen den klaren Buchstaben der Gesetze in **not. x.** ist. Es hat sich nun auch Marezoll selbst in den Erlanger Jahrbüchern 3. Bd. S. 39 **seq.** gegen seine frühere Ansicht erklärt und dennoch hat dieselbe wieder gebilligt

Mühlenbruch Pand. **tom. 36. pag. 326. not. 16.**

§. 876.

Ad voc. Den Gläubigern überlassen.

Es giebt Manche, welche behaupten, der inventarisirende Erbe könne nachher, wenn ihn die Antretung gereue, die ganze Erbschaft wieder von sich werfen und zwar wegen der Worte **liceat eis adire hereditatem et sine damno ab eo discedere** in

L. ult. §. 13. C. h. t. (6, 30.)

Allein es werde dieß **contra prima** seyn, weil es ja römische Hauptregel ist, daß der, welcher einmal Erbe ward, nachher nicht wieder aufhören kann, Erbe zu seyn. — §. 834. 954. a. E. — Vergleicht man Justinians Constitution im Zusammenhange, so ist es offenbar, daß er mit den obigen Worten nichts weiter sagen wollte, als: der inventarisirende Erbe verliert nichts, weil er die Schulden nicht **ex propriis** zu be-

zahlen braucht, womit aber noch nicht gesagt ist, daß er die ganze Erbschaft wieder derelinquiren kann, ohngefähr wie man bei uns auch nicht von dem Derelinquiren eines Geschäfts reden werde, wenn es hieße, der Mann kann bei diesem Geschäft ohne Schaden herauskommen.

Ad voc. Die Confusion ein ꝛc.

Es giebt Manche, welche absolut behaupten: die confusio bonorum — §. 85. — werde überhaupt durch Errichtung eines Inventars abgewandt. Allein in

L. 22. C. de jure deliberandi (6, 30.)

steht nicht ein Wort mehr, als daß der inventarisirende Erbe seine Forderung gegen den Erblasser behalte, so weit es nöthig sey, daß er für die Masse **ex propriis** nichts zuzusetzen brauche. Im übrigen treten also die Grundsätze der **confusio** ein und man kann auch ohne **absurdum** nicht das Gegentheil behaupten. Denn wenn z. B. **A** auf dem Gute des **B** die Jagdgerechtigkeit hatte und nun **B** den **A** zum Universalerben ernennt, wo sollte denn der Grund liegen, daß **A**, nachdem er Eigenthümer des dienenden Gutes ward, bei dem Jagen **in re propria** nachher immer majestätisch so thäte, als ob er sein Recht gegen einen Dritten **dominus praedii servientis** ausübte, während er nun besser sagt **res propria nemini servit.**

§. 877.

Ad voc. Aus seinem eigenen Vermögen zu befriedigen.

Manche leugnen diesen Satz. Zur Rechtfertigung des **Comp.** muß hier daher noch dieß gesagt werden. Nach älterem Recht brauchte der Erbe niemals die Legate **ex propriis** zu bezahlen, weil man die delikate Idee hatte, es sey schamlos, wenn ein Testator fremdes Gut benutze, um darauf eine Schenkungspflicht zu legen. Es brauche also nach dem alten System der Erbe die Legate nie **ultra vires hereditates** zu bezahlen. Weil aber der Erbe als solcher auch viele Beschwer-

den hat, so ward ihm, um ihn zur Antretung auch noch durch ein positives praemium zu locken, nach §. 914 erlaubt, daß er den Legataren auch noch eine quarta abziehen dürfe, damit ihm dem Erben ¼ seiner portio hereditaria frei bleibe. Das letzte Recht nahm nun Justinian dem nicht inventarisirenden Erben in

L. 22. §. 14. C. de jure deliberandi (6, 30.)

Allein in diesem Gesetz verpflichtet er keineswegs den heres oneratus, die Legate selbst ex propriis zu bezahlen. Dieß letzte that er nun aber in Nov. 7. cap. 2. §. 2., nachdem er in sein beneficium inventarii immer mehr verliebt geworden war. Zwar meinen manche mit

Huber not. h. cit.

die Nov. sey hierüber zweideutig und man müsse daher, weil eine lex correctoria strict zu interpretiren sey, die Worte der Novelle: licet purae substantiae transcendat mensuram so übersetzen, auch wenn die quarta Falcidia angegriffen werden sollte. Allein diese Interpretation hat folgendes wider sich:

1) Die Novelle sollte etwas neues sagen, aber nach Hubers Auslegung würde sie nur die

L. 22. C. cit.

wiederholen.

2) pura substantia heißt nach römischer Sprache eine gereinigte Masse, also eine solche, von der das schlechte, d. h. das passivum getrennt ist, also die nach Abzug der Schulden übrig bleibende Aktiv-Masse.

3) Justinian sagt in der Novelle zweierlei, nämlich erst, daß der Erbe die Falcidia nicht abziehen könne, und dann noch dazu, daß er ultra puram substantiam zahlen müsse. In den folgenden Sätzen der Novelle wird auch gerade das Contribuiren ex propriis als unbedingte Folge des nicht errichteten Inventars erwähnt. Im Grunde war dieß Absolute auch gar nicht inkonsequent, weil nach Justinians Idee, wenn kein Inventar errichtet ward, keine Gewißheit darüber vorliegt, was bei dem Erben ererbtes oder eigenes Gut sey.

§. 880.

Ad voc. In der Regel Evictionsleistung schuldig.

Ueber diesen und die folgenden Sätze ist gestritten. *Man* bemerke erst dieß. Jede Erklärung des Erblassers, wodurch er einem Erben spezielle Sachen anweist, ist im Allgemeinen eine Erbtheilung, jedoch lassen sich hierüber zwei Fälle denken:

1) Der Testator nimmt die reelle Theilung bloß zu dem Zwecke vor, damit nach seinem Urtheil jeder Erbe für die ihm gebührende Portion das Gehörige bekomme. Z. B. X setzt seine 3 Söhne **A, B, C** jeden auf $\frac{1}{3}$ zum Erben ein, aber mit der Nebenbestimmung, er wolle gleich jedem Sohn für sein $\frac{1}{3}$ die nöthigen einzelnen Sachen anweisen, er bestimme also, daß **A** für seinen Theil das Wohnhaus, **B** die Gärten und **C** die Weinberge haben solle. Werden nun einem der Miterben die ihm zugetheilten Sachen evincirt, so muß man behaupten, daß ihm die andere **pro rata zur praestatio evictionis** verpflichtet sind. Denn bei einer Theilung jener Art hat ja der Testator die Absicht, daß jeder Miterbe für seinen Theil ganz befriedigt werden solle, und wenn er die Eviktion vorhergesehen hätte, so würde er gewiß auf andere Art getheilt haben. Dieß sagen denn nun auch die Gesetze **in not. f.**

2) Die einem Erben vom Erblasser angewiesene Sache sollte nur als Prälegat noch eine reine Nebenbegünstigung seyn, z. B. **A** sagt, **B C** sollte jeder auf $\frac{1}{2}$ berufen seyn, aber er wolle dem **B** noch besonders ein Haus vermachen. Hier ist nun eigentlich ein reines Legat vorhanden, und da muß man denn die Prinzipien des **§. 910.** über das **legatum rei alienae** anwenden, nämlich, daß der Legatar nichts bekommt, außer wenn er eine **persona conjuncta** war oder der Testator die **qualitas rei alienae** kannte.

§. 882.

Ad voc. Gewöhnlich nahm man bisher an.

Die Lehre von der Collation ist in einer schlimmen Lage. Die Praxis ging bisher von der Idee aus, in Justinians Codex und Novellen sey dieß Prinzip angenommen: Alle Descendenten müssen einander dasjenige conferiren, was sie unentgeldlich unter Lebenden von ihren Ascendenten erhalten haben, wenn sie denselben succediren, weil in der Regel zu vermuthen ist, daß ein Ascendent geneigt sey, seine Descendenten auf gleiche Art zu bedenken. Diese Idee kann philosophisch gut genannt werden, weil die Eltern, wenn es zum Sterben kommt, gern ihre Partheilichkeit gegen die Kinder ablegen. Allein die in §. 884. genannten Ausnahmen, welche die Praxis mit ihrem System verbindet, passen zu diesem System durchaus nicht und positive Gründe giebt es dafür auch keineswegs. Die Collation ward nämlich durch das prätorische Edikt eingeführt, und zwar aus diesem beschränkten Grunde: Man soll dem Edikt, wenn es ohne **voluntas patris** die **emancipatos** ruft — also **ab intestato** oder **contra tabulas** — nicht vorwerfen, daß es dem **suo** habe unbillig schaden wollen. Sieht also das Edikt hier zum Vortheil der emancipirten Kinder die **emancipatio** als ungeschehen an und will die **emancipatos** von dieser Fiktion providiren, so muß **ex** auch dem **suo** so viel **praecipuum** lassen, als er, der **emancipatus** durch die ihm zu Theil gewordene freie Erwerbfähigkeit gewann. Daher konferirte nach dem System der Pandekten und des Codex in der Regel nicht der **suus** dem **suo** und nicht der **emancipatus** dem **emancipato**, sondern bloß der **emancipatus**, wenn er als prätorischer Erbe den **suus** beschränkte, mußte dem **suo** alles dasjenige konferiren, was er bei und nach der Emancipation vom Erblasser oder einem Dritten erworben hatte; und was er vom Erblasser erworben haben würde oder vom selben nicht habe erwerben können, wenn er unter der **potestas** geblieben wäre. Ganz konsequent machte man aber gleich die Ausnahme, daß der **emancipatus**

deßwegen nicht zu konferiren brauche, was auch ein suus sub potestate für sich erwerben könne, welche Ausnahme denn auf die im §. 884 erwähnte Art immer weiter vermehrt würde, so weit das spätere Recht die Erwerbfähigkeit der suorum durch sein neues Pekuliensystem zuläßt. Die Novellen haben an diesem Allem nichts geändert, wie Franke not. e. cit. vortrefflich gezeigt hat.

§. 883.

Ad voc. Doch im einzelnen Fall nur dann dazu gehalten.

Von den folgenden Sätzen sind einige bestritten, worüber noch dieß zu bemerken ist:

1) Manche meinen, daß nach den in not. i. zuletzt citirten Gesetzen der nähere Descendent den entfernteren nicht zu konferiren brauche, z. B. nicht der Sohn dem Sohn des Verstorbenen andern Sohnes. Allein jene Gesetze sprechen offenbar von Fällen, wo nach dem in der vorigen Anmerk. erläuterten Hauptprinzip dieser Lehre an sich keine Collationspflicht existirt, z. B. wenn ein filius emancipatus mit einem emancipirten Kinde seines verstorbenen Bruders konkurrirt. Dann conferirt natürlich der Oheim seinen Neffen nicht und umgekehrt, weil bloß der emancipatus dem suo zu konferiren hat.

2) Eben so irrig ist es, wenn Manche sagen, der Großsohn, welcher nicht Erbe seines Vaters war, brauche als Erbe seines Großvaters nicht zu konferiren, was sein Vater erhielt, weil man ja nur das Erhaltene zu konferiren brauche. Offenbar ist dieser Grund verkehrt, da ja nach

Novelle 118. cap. 1.

der Enkel nur erhalten soll, was sein Vater selbst würde bekommen haben, der Vater ja aber das Empfangene sich hätte müssen abziehen lassen, wenn er als emancipatus mit einem suo konkurrirte.

Ad voc. Als sie von andern Descendenten die Collation.

Diesen Satz hat **Voet. not. p. cit.** aus dem Hauptgrunde geleugnet, weil ja die Collation zum Vortheil der Kinder eingeführt sey, welches auf die Gläubiger des Kindes nicht erstreckt werden könne. Allein da die Konkursgläubiger ganz in die Rechte des Gemeinschuldners eintreten, so ist nicht einzusehen, warum sie die Rechte nicht auch sollen geltend machen können, welche derselbe **ex capite collationis** hatte. Gerade ebenso verhält es sich denn auch mit einem **transmissarius.**

L. 14. C. h. t. (6, 20.)

Dabei ist noch die Frage, ob der Erbe, welcher **sub beneficio inventarii** antrat, von der Collation frei ist, so weit sie ihn zwingt, mehr in die Masse hineinzugeben, als er daraus zurück bekommt? Für die Bejahung der Frage ist

Heise in der **not. q. cit.**

Jahrbüchern, weil das **beneficium inventarii** dem Erben den Vortheil bringe, daß er **ex propriis** nichts zuzusetzen brauche. Allein mit Recht behauptet

Pfizer von der Collation §. 83.

das Umgekehrte. Denn Justinians Vorschriften über das **beneficium inventarii** — §. 876. — gehen nur dahin, daß der inventarisirende Erbe die Schulden des Erblassers nicht **ex propriis** zu zahlen brauche. Nach der Idee von Heise muß man hier also Justinians Vorschrift auf die **conferenda** logisch ausdehnen, welche Ausdehnung aber nach §. 51. bei einer **Lex correctoria** nicht erlaubt ist. Auch giebt es hier zur Ausdehnung nicht einmal eine **paritas rationis.** Denn, wenn Jemand aus seinem Vermögen fremde Schulden bezahlen muß, so ist dieß eine bittere Pein, allein wenn humane Geschwister im Gegensatz der andern im Voraus zu viel bekommen haben, so muß sich von selbst die **pietas** dahin bringen, daß sie unaufgerufen durch Zurückgeben des **plus** eine volle Gleichheit der Geschwister zu schaffen suchen.

§. 884.

Ad voc. Die sogenannten donationes simplices.

Im neuesten System ist dieser Satz ganz konsequent. Denn da durch die späteren Constitutionen angenommen war, daß nicht widerrufene Schenkungen an die Hauskinder durch den Tod konvalesciren sollten und sogar rückwärts — §. 246. not. e. — so waren die sui nach dem Tode des Vaters den emancipatis in Betreff solcher Schenkungen gleich, also mußte auch nach dem Hauptprinzip dieser Lehre die Collationspflicht der emancipirten Kinder aufhören. Zwar leugnet dieß

Franke not. z. cit.

weil Leo in

L. 17. in f. C. h. t. (6, 20.)

allgemein sage: die emancipirten Kinder sollten konferiren, was sie nach der Emancipation von den Eltern erworben hatten. Allein absolut kann dieß offenbar nicht verstanden werden, da die emancipirten Kinder ausgemacht manche Gaben der Eltern nicht zu konferiren haben, und so muß denn auch jene Aeußerung des Leo durch Justinians ganz klare Entscheidung in

L. 20. §. 1. C. eod.

welche das Comp. angiebt, beschränkt werden. Die unbestimmte

L. 13. C. eod.

worüber bis ins Unendliche gestritten worden ist, kann hier keine Schwierigkeit machen, da sie als völlig unbestimmtes Reskript bloß auf die Fälle bezogen werden darf, für welche sie nach Justinians bestimmter Vorschrift in

L. 20. C. cit.

als wahr gelten kann.

§. 886.

Ad voc. Vom Augenblick, da er zur Collation aufgefordert war.

Man hat viel darüber gestritten, als der Conferent die

Früchte und Zinsen gleich vom Augenblick des Todes oder vom Augenblick der Erbantretung zu berechnen habe. Zwischen diesen beiden Theorien braucht man aber nicht zu wählen, weil nirgend ein Gesetz für die eine oder die andere existirt, sondern man muß nach den allgemeinen Regeln des §. 101 sagen, daß hier die mora erst von dem Augenblick anfängt, da das Kind zur reellen Collation aufgefordert wird.

§. 887.

Ad voc. Nach dem Verkauf begangenen geringsten ꝛc.

Ueber die culpa des Verkäufers einer Erbschaft ist ein großer Streit, weil es Schwierigkeiten hat, wie man in dieser Hinsicht

L. 2. §. 5. h. t. (48, 4.)

mit **L. 3. eod.** vereinigen soll. Am mehrsten hat es gewiß für sich, wenn Manche sagen: das letzte Fragment spricht allgemein von der **praestatio** jeder **culpa**, aber das erste macht bloß die Ausnahme, daß der Verkäufer wegen des Nichterwerbens bloß dann haftet, wenn er das Erwerben **doli** oder **culpa lata** versäumte, dieß ist auch ganz in der Ordnung, weil man zwar in der Regel Niemand schaden und anvertrautes Gut durch **custodia** schützen soll, aber in der Regel nicht verpflichtet ist, anderen Personen positiv zu nutzen, wenn man es nicht besonders versprach. Wie es die Römer auch sonst mit dem **non acquirere** gelinder nahmen, ist in der Anmerkung zu §. 410 an einem guten Beispiel gezeigt.

Ad voc. Gar nicht weiter verbunden.

Daß dieser Satz in

L. 2. C. de pactis. (2, 3.)

stehe, hat jetzt auch zugegeben

Hepp not. c. cit.

Allein er leugnet dessen jetzige Anwendbarkeit, weil Justinian in

L. 8. C. de novat. (8, 42.)

verordnet habe, daß eine novatio privativa ohne verba expressa nicht zugelassen werden solle. — §. 595. — Allein diese Behauptung hat gegen sich, daß im Codex im Zweifel Alles als gültige lex zu behandeln ist, und daß nach §. 37 eine Regel stets durch die neben sie gestellte Ausnahmen beschränkt werden muß.

§. 890.

Ad voc. Oder schlechthin ohne allen Rechtsgrund.

Dieser Satz hat nach den bisherigen Ansichten insofern keine Schwierigkeit, als der, welcher hereditatis petitione belangt wird, in der Eigenschaft eines Erben die streitige Erbmasse zu besetzen behauptet. Denn beweist hier der Kläger, daß er vielmehr der wahre Erbe sey, und kann der Beklagte nicht für sich das Umgekehrte darthun, so muß natürlich der Kläger als der potior siegen. Allein darin schien bisher vielen eine große Schwierigkeit zu liegen, daß die Klage, welche gegen den statt finden soll, welcher pro possessore besitzt, und daß die Klassiker, namentlich auch Ulpian, dieß dahin erläuterten: pro possessore heiße nicht der, welcher als angeblicher B. P. oder prätorischer Erbe besitze, weil dieß mit zur possessio pro herede gehöre, sondern es heiße soviel als: wenn der Beklagte ohne allen Rechtsgrund besitzt.

L. 11. pr. §. 1. L. 12. L. 13. pr.
L. 16. §. 4. h. t. (5, 3.)

Nimmt man dieß absolut, so könnte man dagegen einwenden: der Erbe kann doch nicht mehr Rechte haben, als der Erblasser. Der Letzte konnte aber dritte Besitzer nicht deßwegen anfallen, weil diese eine Sache sine causa besaßen, sondern er hatte insofern nur eine Klage gegen den jetzigen Besitzer, als er ein jus in re oder eine besondere obligatio nachweisen konnte.

L. 5. pr. in f. si usus fructus petatur. (7, 6.)

Wie kann nun aber das Recht der Erben weiter gehen und dahin, daß er alle von Dritten sine causa besessenen Sachen bloß deßwegen einkassiren kann, weil er, der Erbe einer gewissen Person geworden sey? Durch diesen Zweifel erschreckt, haben nun

Branchu und Hommel not. e. cit.

den römischen Juristen einen Schnitzer vorgeworfen und Hommel redet sogar nicht im feinen Leipziger Styl von einer mirabilis impostura Alpiani, indem er behauptet, unter einem Besitzer pro possessore sey nicht der Besitzer ohne allen Rechtsgrund, sondern bloß der zu verstehen, welcher sich in der Eigenschaft eines prätorischen Erben die streitige Masse angemaßt habe. Das Gegentheil steht nun aber deutlich im corpus juris und die Sache ist auch ganz begreiflich, wenn man sie nur auf der rechten Seite nimmt. Denn die Erbschaftsklage ist auch sonst mehrfach begünstigt — Anmerkung zu §. 175. — und man weiß ja, wie das römische Recht immer mehr und mehr durch nachträgliche Bestimmungen die Zahl der actionum in rem erweiterte, ohne zu einer vollen Abrundung des Systems zu kommen. — Anmerkung zu §. 63. — So wäre es also nur unbegreiflich, wenn im römischen Rechte der Satz vorkäme, daß A bloß, weil er Erbe des B geworden sey, Alles an sich ziehen könne, was Dritte Leute sine causa besitzen. Allein dieß ist nicht der Fall, da nach

L. 19. pr. h. t. (5, 3.)

nur wegen derjenigen Sachen, die hereditatis petitio statt findet, welche wegen irgend eines Rechtstitels wirklich zur Erbmasse gehören, wobei also doch der Erbe als potior erscheint, wenn der Beklagte ohne allen Grund besitzt. Die hereditatis petitio ist also insofern nichts mehr als eine etwas erweiterte actio Publiciana, — §. 713. — welche Erweiterungen man leicht begreift, wenn man nur darauf achtet, wie leicht die, denen fremdes Gut geliehen war, ein kurzes Gedächtniß haben, sobald der Verleiher todt ist, und die Hoffnung gehegt werden kann, daß man im Stillen die von ihm empfangenen Sachen unterschlagen könne. Mit eigenen Be-

griffskonstruktionen aber ohne im Geringsten auf die Litteratur dieser Lehre einzugehen, hat sich jetzt

Fabricius not. o. cit.

wiederum und zwar im Resultat mehrfach richtig über jene Eigenheit der hereditatis petitio erklärt.

§. 891.

Ad voc. Sondern die sämmtlichen Zeugen.

Viele unsrer Juristen behaupten, daß bei einem feierlichen Privattestament von den Gesetzen die große Zahl der 7 Zeugen nur der Solennität wegen gefordert werde und daß man daher mit Rücksicht auf die Prozeßregel, daß 2 Zeugen zum Beweise genügen, annehmen müsse, ein vor 7 Zeugen errichtetes Testament, könne am Ende doch durch 2 Zeugen bewiesen werden. Allein wenn die Sache sich so verhielte, so ließe sich gar nicht begreifen, wie die Römer sich Jahrhunderte hindurch bei der Errichtung plagen konnten, welche doch am Ende keinen reellen Zweck hatten. Die richtige Ansicht, welche Glück vortrefflich vertheidigt hat, ist vielmehr diese: das Gesetz fordert zur Errichtung der Testamente viele Zeugen, damit nach dem Tode des Erblassers durch diese vielen Zeugen ein glaubhafter Beweis geführt werden könne, und damit dem Erblasser, welcher sich nach seinem Tode zu vertheidigen außer Stande ist, nicht durch ein paar leicht aufzutreibende schlechte Menschen ein Testament angelogen werde, für welche Ansicht auch die Gesetze in not. y. ganz klar sind. Noch hat

Glück Pandekten 35. Bd. S. 1—12.

diese richtige Ansicht wieder vertheidigt.

Ad voc. Nach der Meinung Vieler.

Diese Meinung hat

Glück not. c. cit.

geleugnet, weil der, welcher bei einem Testamente nicht als Testamentszeuge gehandelt habe, sondern nur zufällig anwe-

send gewesen sey, eben deßwegen nach §. 829 not. p. der fehlenden rogatio wegen gar nicht als Zeuge gelten könne. Die Gegner wenden zwar dagegen ein, wenn er einmal gehört habe, so habe er gehört, also könne man ihm auch über das Gehörte ein Zeugniß abnehmen. Allein dagegen läßt sich wieder einwenden, daß es von dem Testator abhängt, ob er einer Person als Testamentszeuge Vertrauen schenken will, und daß daher auch die Gesetze nur den als Testamentszeugen gelten lassen, an den der Testator eine förmliche rogatio richtete.

§. 895.

Ad voc. Interdictum quorum bonorum.

Früher nahm man dieß Interdikt immer so an, wie es das Comp. beschrieben hat. Verleitet durch seine neuesten Begriffe über die nicht summarische Natur der Interdikte — Anmerkung zu §. 225. — ging denn

Savigny not. c. cit.

konsequent weiter, indem er auch behauptete, das interdictum quorum bonor. habe gar keine summarische und provisorische Natur. Der Verfasser des Comp. mußte dieß in dem not. cit. Archiv bestreiten und konnte es mit Recht, weil in einer von Savigny ganz übersehenen Constitution des Codex Theodosianus

lib. 11. tit. 26. const. 22.

mit dürren Worten steht, das interdictum quorum bonorum sey celeritatis gratia erfunden und solle den injuriis tarditatis nicht unterliegen. Savigny suchte zwar noch durch kleine Seitenwendung etwas für sich zu thun, ward aber deßwegen von Löhr und Franke not. c. cit. so durchaus widerlegt, daß nun dieser Punkt wohl als ganz abgethan betrachtet werden kann.

Uebrigens hat man bisher mit der Glosse ad L. 1. C. quor. bonor. (8, 2.) wegen der Worte dieser Constitution ad hereditatem vel

bonorum possessionem immer angenommen, auch der heres civilis habe das interdictum quor. bonor. durch das innere Recht bekommen. Darüber ist nun Löhr ängstlich, aber man kann ihn fragen, warum er es seyn will, da die gewöhnliche Ansicht der Praxis den Buchstaben der Gesetze für sich hat und da die ganze Materie konsequent in die Ordnung kam, wenn man jenes prätorische Edikt auch dem Civilerben gestattete.

§. 896.

Ad voc. Im Ganzen der innere Unterschied.

Vor Justinian gab es eine Menge von Unterschieden zwischen Legaten und Fideikommissen, welche letzte als ein neues Institut viel billiger behandelt werden, als die ersten. Der Vereinfachung des Rechts überall geneigt, verordnete nun aber Justinian in

L. 2. C. com. de legatis (6, 43.)

alle ältere Unterschiede sollten wegfallen und für die Legate Alles angenommen werden, was sonst zum Vortheil des Fideikommissars bei Fideikommissen gegolten habe und umgekehrt. Diese Verordnung als eine absolute muß man nun mit Cujac. durchaus auf alle Arten der Fideikommisse — Anmerkung zu §. 820. — beziehen und es ist reine Willkühr, wenn man oft behauptet hat, jene Gleichstellung gehe nur auf Legate und Singularfideikommisse. Allein dieß macht nichts aus, da Justinian überall in den Pandekten die Ansichten der Klassiker rein gab und es dann der Beurtheilung überließ, dagegen die Aenderungen der Constitutionen praktisch in Anwendung zu bringen.

§. 899.

Ad voc. Prälegat.

Im Allgemeinen bezeichnet Prälegat alle **res singulares,**

welche einem heres außer seiner portio hereditaria angewiesen sind, wobei denn nach dem neueren System — §. 897. — nichts darauf ankommt, ob es ihm mit der Formel praecipitio oder einer andern Formel ausgesetzt ward. Manche verstehen aber unter Prälegat bloß ein solches, welches einem Erben von der ganzen Erbmasse hinterlassen ward, für welche letzte Bedeutung

Pfordten not. f. cit.

wieder gestritten hat. Um Alles zu umfassen soll in dem folgenden die obige allgemeine Bedeutung zum Grunde gelegt werden. So viel ist nun gewiß, daß ein Prälegat im Ganzen keine Schwierigkeit hat, insofern der Testator befugt ist, honorirte Personen mehrfach zu bedenken. Nur dann wird die Sache etwas intrikant, wenn vermöge des Testaments dem Erben aufgelegt ist, etwas aus seinem Vermögen, also auch aus seiner portio hereditaria an sich selbst zu zahlen habe, über welchen letzten Punkt noch in der Anmerk. zu §. 985 manches nachzutragen seyn wird. Allein gesetzt der Prälegatar hat das Legat an sich selbst zu zahlen? Hier ist es nun gewiß, daß er, wenn er keinen Collegatar neben sich hat, dasjenige, was er an sich selbst auszahlen sollte, als legatum nicht bekommen kann und als portio hereditaria in Händen behält, mithin nach §. 918 bei Berechnung der Falcidia in Ansatz bringen muß, z. B. wenn der Testator dem Universalerben A auflegt, gewisse Stücke der Erbmasse als Legat an sich selbst zu zahlen. Allein gesetzt der mit einem Prälegat bedachte Erbe hat einen zu derselben Sache gerufenen Collegatar neben sich, z. B. der Testator X sagt:

A soll mein Erbe sein auf $^{11}/_{12}$,
der B mein Erbe auf $^{1}/_{12}$,
aber dem A und B prälegire ich mein Wohnhaus.

Hier sind nun zwar A und B zur hereditas nach ungleichen Theilen gerufen, aber das Haus ist ihnen beiden indefinite, also an sich zu gleichen Theilen gegeben. Dabei entsteht nun eine Schwierigkeit aus der ferneren Regel des §. 898 in f., daß ein indefinite mehreren Erben aufgelegtes

Legat von diesen Erben nach Maßgabe der Größe ihrer Erbportion zu zahlen ist. Danach hat also in jenem Fall der A $^{11}/_{12}$ und der B $^{1}/_{12}$ zu dem Legat zu kontribuiren. Nun aber kann der A von den $^{11}/_{12}$ seines Erbtheils nichts an sich selbst und B von dem $^{1}/_{12}$ seines Erbtheils auch nichts an sich selbst zahlen. Gültig legiert ist also nur das, was **A pro rata an B** und was **B pro rata an A** zu zahlen hatte. Da nun nach Regeln des **juris accrescendi** der Legatare — §. 996. — der **legatarius** dem **indefinite** die ganze Sache gegeben war, auch die Theile seines wegfallenden **Collegatars** bekommt, und da ein **Collegatar**, dem **nulliter** etwas gegeben ist, als **deficiens** behandelt wird

L. 34. §. 11. L. 104. §. 3. 4.
L. 116. §. 1. de legat. I. 30.

so bekommt hier A alles als Prälegat, was B an ihn von seinem $^{1}/_{12}$ Erbtheil als Prälegat zu zahlen hatte, aber gültig nicht zahlen kann, und dieß gilt denn auch umgekehrt vom Prälegat des A, wodurch es nun herauskommt, daß der A als Prälegat von dem Hause nur $^{1}/_{12}$ und B davon als Prälegat $^{11}/_{12}$ bekommt, so daß nun also die Größe der Erbportionen und des Prälegats gerade im umgekehrten Verhältniß steht. Da übrigens ein Legat nicht auf die Erben des Legatars übergeht, wenn der Legatar **pendente conditione** stirbt — §. 941. — und da ein **Legatum heredi a se ipso datum** nur dann als ein reines Legat purificirt wird, wenn der Erbe ausschlägt, und da es insofern als **sub conditione negativa relictum** betrachtet werden muß, so können nach dem vielfach mißverstandenen Gesetz in **not. n.** die Erben des vor der Ausschlagung gestorbenen Prälegatars nur den Theil des Prälegats einklagen, den andere Personen ihrem Erblasser hätten zahlen müssen.

§. 904.

Ad voc. Legatum partitionis.

Das **Legatum partitionis**, welches die Römer partitio

nennen, kommt vielfach in den Allegaten der not. n. vor, wobei aber manche Nebenschwierigkeiten sind. Wäre es aber wahr, was

Arnaud not. n. cit.

behauptet hat, nämlich, daß es im Justinianischen Rechte ganz aufgehoben sey, so konnte hier die völlige praktische Ruhe eintreten. Allein, wenn auch die unzuverlässige Paraphrase des Theophilus jene Idee unterstützt, so ist doch das **corpus juris** dawider. Denn die Pandekten reden ganz dogmatisch vom **Legato partitionis** als einer bestehenden Anstalt, und das **imperfectum** in den Institutionen ist nur Folge des Zusammenhangs, weil nebenbei von einem veralteten Institut geredet wird. Folgende Hauptpunkte sind hier nun auszuheben.

1) Das **Legatum partitionis** hatte nach

L. 26. §. 2. de legat. (I, 30.)

den eigenen Nachtheil, daß der Erbe dem **Legatar** statt des legirten Theils der Erbmasse eine bloße Entschädigung geben konnte, aber nach

L. 8. §. ult.
L. 9. de legatis (31.)

auch den Vortheil, daß ihm, wenn nicht der Testator namentlich den Vermögensstand im Augenblick des Todes zur Norm gemacht hatte, wegen der Leichenkosten nichts abgezogen werden durfte. Bei andern Legaten und den Fideikommissen galt dieß gewiß nicht. Nach der in der Anmerkung zu §. 896 erwähnten Gleichstellung der Legate und Fideikommisse muß man nun sagen, da die Vortheile der Legate den Fideikommissen mitgetheilt seyn sollen und umgekehrt, so fällt nun der erste Satz beim **legato partitionis** weg und das letzte ist nun auch auf das **fideicommissum particulare** auszudehnen.

2) Der **Legatarius partiarius** war nicht Nachfolger in Schulden, konnte also von den Erbschaftsgläubigern auch nicht **pro rata** belangt werden, aber er mußte dem Erben durch die s. g. **stipulationes partis et pro parte**

caviren, daß er demselben pro rata vergüten wolle, was dieser an Schulden bezahlt habe. Wie wird es aber jetzt, nachdem die Vortheile der Legate den Fideikommissen beigelegt sind? Die Konsequenz hätte hier nun wohl erfodert, daß nun auch dem **fideicommissario particulari** dieselben Vortheile gewährt wären, oder daß umgekehrt Justinian die Lasten jener Fideikommisse in Betreff der **translatio passivorum** auch auf das **legatum partitionis** erstreckt hatte. Allein das letzte ist nun einmal nicht geschehen und wäre auch nicht zu folgern aus dem Satz: daß die Vortheile der Legate und Fideikommisse **vice versa** communicirt werden sollen, und das erste läßt sich deßwegen nicht annehmen, weil sich Justinian selbst in

§. 7. J. de fideicommiss. heredit. (2, 23.)

dawider erklärt hat.

§. 905.

Ad voc. Wohl aber das Legatum liberationis.

Darüber sind die Aussprüche von Ulpian und Paulus in

L. 75. §. 1. 2. de legat. I. 30.

L. 7. §. 2. L. 25. de liberat. legata (34, 3.)

ganz gleichlautend, daß der Legatar bei einem **legato liberationis**, so wie dem **legato debiti** — §. 906. — sofern keine Schuld existirt, gar nichts fordern kann, wenn der Testator nicht einmal die Summe nannte, daß er aber die genannte Summe vom **onerato** einklagen kann, außer wenn der Testator dem **onerato ein non petere** auflegte, weil hier, wenn man die Rede wörtlich nimmt, der Legatar kein Klagrecht hat. Man kann dieß leicht in

L. 25. cit.

finden, wenn man nur hinter **non petere** ein Fragzeichen setzt und dabei erwägt, daß die römischen juristischen Dinge,

welche sich von selbst verstehen, gar mit einer bloßen Frage abthun.

Haubold opuscula tom. 2. pag. 280—286.

Es ist hier also gar nicht nöthig, daß man mit den in not. u. citirten Juristen ein non einschiebt, oder Worte versetzt oder ganz wegstreicht. Genau betrachtet, muß man aber jetzt auf diese Ausnahme, so wie das, was Paulus über das dare gesagt hat, ganz fallen lassen, da Justinian nach §. 897 absolut verordnet hat, daß jedes Legat, ohne Rücksicht auf die Formel, als **per vindicationem relictum** behandelt werden solle.

§. 910.

Ad voc. Ist durch mancherlei Unterscheidungen zu beantworten.

Die wesentlichen Grundsätze über diesen Punkt sind folgende.

1) Wenn das **legatum** der Hauptsache nach §. 901—903 richtig ist, so interessirt auch den Legatar die Freiheit der Sache nicht und dann kann er keine Ablösung der Lasten fordern, außer wenn ihm seine eigene mit fremden Realansprüchen belastete Sache legirt ist. Hier muß der Erbe die Lasten ablösen, wenn sie der Erblasser kannte, dieß folgt aus den Prinzipien des **legati rei alienae.** — §. 901. — Manche führen zwar dagegen an

L. 86. pr. de legat. (I, 30.)

allein nimmt man darin die **pignori dederas** als Worte des Testaments, wie man es nach der Sprache leicht kann, so ist das Fragment für die richtige Ansicht. Eben dieß gilt von

L. 66. §. 2. in f. de legatis 31.

wenn man darin mit guten Vulgatmanuskripten statt **propter** vielmehr **praeter istas causas** liest.

2) Ist dem Legatar die Sache als **res propria testatoris**

heredis oder tertii nach §. 901 — 903 gültig, aber ruhen Lasten darauf, so ist im Ganzen die Ansicht der Gesetze, daß der Legatar die Sache cum onere annehmen muß, welches eben so natürlich ist, als der Satz des §. 485, daß der Käufer im Zweifel wegen der auf der Sache lastenden Realservituten und gewöhnlichen Grundsteuern nicht klagen kann. Indeß machen doch die Gesetze, weil sie das volle inutile immer abzuwenden suchen, welches eben so natürlich ist, als der Satz des §. 485, nach not. m. die Ausnahmen, daß der Erbe die onera ablösen muß, wenn sie den ganzen Fruchtertrag durch Personalservituten erschöpfen oder gar den Werth der ganzen Proprietät durch eine stattgehabte Verpfändung; dabei findet aber doch noch die Einschränkung statt, daß der Testator die erschöpfenden Rechte muß gekannt haben, wenn sie Dritten gehören, daß sie aber auch ohne Wissenschaft des Testators der Erbe seine eigene erschöpfende Rechte dem Legatar überlassen muß. Es hat aber in dieser Beziehung die berühmte

L. 57. de legat. I. 30.

viele Schwierigkeiten veranlaßt durch die Worte: **nisi vel hanc aere alieno**, welche jetzt wieder

Mühlenbruch not. m. cit.

mit eigenen Conjekturen dadurch zu entfernen sucht, daß er Ulpian einen Sprung machen läßt. Allein ohne dieß ist die Erklärung leicht, wenn man nur mit Cujac. bedenkt, wie sehr man geneigt ist, beschränkende Nachsätze nicht genau in die Ordnung der Vordersätze zu stellen. Wendet man hier dieß an, so ist der Sinn jenes Fragments dieser: die Sache ist ungelassen, wenn der Testator die Belastung derselben kannte, sonst aber nicht. Nun läßt Ulpian diese 2 beschränkende Nachsätze folgen, ausgenommen wenn der Testator anzusehen ist, als ob er doch auf allen Fall würde legirt haben, nämlich wenn der Legatar eine **persona conjuncta** ist — §. 901 und dieß geht auf den letzten Vordersatz —

oder wenn der Legatar doch einen Ueberschuß haben kann, und dieß ist denn eine Beschränkung des ersten Vordersatzes.

§. 912.

Ad voc. Im Zweifel gebührt dem Legatar.

In der **not. k. cit. dissertatio** von Gebauer, welche dessen Schüler

Höpfner **not. i. cit.**

blindlings ausschrieb, ist über das Wahlrecht bei einem **legato generis** in allerlei Distinktionen Heil gesucht, um damit die Gesetze in **not. i.** in Eintracht zu bringen, indem man nämlich nach Gebauer unterscheiden soll, ob die Sache in der Erbmasse ist oder nicht, ob der Testator seine Worte an den Erben oder den Legatar richtete ꝛc. Die Gesetze selbst sagen aber von Gebauers Distinktionen nichts, sondern gehen bloß auf die alten **4 formulas** der Legate — §. 897. — welche die Klassiker durchaus buchstäblich behandelten. Hatte also z. B. der Testator gesagt: **heres damnos estodare**, so gaben sie dem Erben die Wahl. Hieß es hingegen **heres sine de legatarium sibi sumere**, so ward dem Legatar die Wahl gestattet. Da man nun aus eben diesen Gründen beim **legato per vindicationem** der Legatar die Wahl hatte, Justinian aber die Folgen der alten 4 Formeln aufgehoben und verordnet hat, bei jedem Legat solle das gelten, was früher beim **legato per vindicationem** galt, so muß man durchaus behaupten, daß jetzt beim **legato generis** der Legatar im Zweifel das Wahlrecht hat. So ist es auch von Justinian selbst ausgesprochen in

§. 2. 22. J. de legat. (2, 20.)

und damit ist Alles abgethan, was in der Theorie der Klassiker Entgegengesetztes liegt. Dieß hat nun auch

Franke **not. i. cit.**

im Ganzen zugegeben, doch meint er, der Erbe habe auch

noch jetzt, wie in der Regel jeder debitor, die Wahl, wenn das Legat nicht auf res proprias des Testators gehe, weil seine Vorschrift, daß alle Legate als per vindicationem relicta behandelt werden sollten, und auf eigene Sachen des Erblassers gehen können. Allein Justinians Vorschrift über das Wahlrecht des Legatars ist absolut, und bei bloßen actionibus in personam kann ja der Berechtigte auch ein Wahlrecht bekommen, wenn ihm dasselbe durch Gesetze oder Vertrag gegeben ist.

§. 916.

Ad voc. Man unterscheide hier I.

So viel ist gewiß, daß jeder Erbe verlangen kann, von seiner portio hereditaria ¼ frei zu behalten und daß er, wenn ihm seine portio überschwert ist, die quarta Falcidia abziehen kann, auch wenn die ganze Erbschaft nicht überschwert seyn sollte; z. B. X besitzt 12,000 fl. und testirt so:

A setze ich ein auf ½, also 6000 fl.,
B setze ich ein auf die andere Hälfte.
B soll an Z 6000 fl. Legate zahlen.

Hier sind nun 6000 fl. Legate im Verhältniß zur Erbmasse von 12,000 fl. keine Ueberschwerung des Ganzen, aber wohl im Verhältniß zur portio des B von 6000 fl., und so kann hier B dem Z ¼, also 1500 fl. abziehen.

Allein gesetzt ein Erbe ist mehrfach institus, muß er dann die mehreren Portionen als Einheit bei der Berechnung in Ansatz bringen, oder darf er sie trennen? Die Resultate können sehr verschieden seyn, je nachdem das eine oder das andere anzunehmen ist. Man setze, daß das Vermögen des Erblassers 12,000 fl. beträgt und daß nun sein Testament so lautet:

A setze ich ein auf ⅔, also auf 8000 fl.,
B setze ich ein auf ⅓, also 4000 fl.
B soll davon 4000 fl. Legate zahlen,
dem A substituire ich den B.

Fällt hier nun A weg, so bekommt B als institutus 4000 fl. und als vulgariter substitutus des A 8000 fl., mithin in summa 12,000 fl. jure hereditario. Muß er nun beides zusammenwerfen, so hat er auch die 4000 fl. Legate ohne Abzug zu zahlen. Darf er hingegen seine Institutionsportion von 4000 fl. als separatum behandeln, so rechnet er mit den Legataren auf diese Art:

Von 4000 fl. kann ich die darauf gelegten 4000 fl. Legate salva quarta nicht zahlen, mithin ziehe ich meinen Legataren 1000 fl., als quarta Falcidia ab.

Im Ganzen haben nun die Gesetze, wie der §. 916 in Beispielen zeigt, die Regel, daß der Erbe dasjenige, was er titulo heredis aus verschiedenen Gründen erhielt, zusammen werfen muß; und dieß ist auch höchst billig, weil das Gegentheil eine Undankbarkeit gegen den Erblasser wäre. Allein es giebt zwei Hauptausnahmen, und zwar

1) beim jure accrescendi. Nach §. 995 muß es sich nämlich der Erbe zum Vortheil der Erbschaftsgläubiger gefallen lassen, daß ihm alle portiones vacantes zugeschoben werden, welche ihm an sich durch den Testator oder durch die Intestaterbfolge nicht deferirt waren. Bekommt er nun dadurch Vortheile, durch die er die Lasten erleichtern kann, welche auf seiner ihm an sich deferirten Erbportion ruhen, so ist das jus accrescendi ein unerwarteter Segen, den er dankbar anwenden mag, um seinen eigenen Nothstand zu mildern, und so muß er beide Portionen vereinigen. Wäre aber umgekehrt seine eigene Portion gut, die accrescens aber überschwert, so würde es hart seyn, wenn er zum Vortheil der Legatare das Gute, was er an sich in Anspruch nehmen dürfte, zusetzen müßte, um damit das Schlechte dessen zu heilen, was ihm das Gesetz mit seiner strengen Konsequenz zuschiebt. Daher ist es nun nach not. f. Regel, daß, im Fall des juris accrescendi die Partheien zu trennen sind, si portio gravata accrescit non gravatae, daß sie aber der Erbe als Einheit zu

behandeln hat, si portioni gravatae accrescit non gravata, z. B. der Testator, dessen Vermögen 12000 fl. beträgt, disponirte:

A soll mein Erbe sein auf $\frac{1}{3}$, also auf 4000 fl.,
A soll davon 6000 fl. als Legate zahlen,
X setze ich ein auf $\frac{2}{3}$, also 8000 fl.

Schlägt hier nun X aus, so accrescirt dessen portio non gravata der gravata des A. Hier ist also nach dem Obigen die Einheit anzunehmen. Man rechnet mithin so: A hat in summa als Erbe 12000 fl., nämlich theils proprio jure, theils jure accrescendi, und davon kann er recht gut 6000 fl. Legate zahlen. Wenn aber umgekehrt die portio gravata des A, weil derselbe entsagte, dem X accrescirt, so behält X seine eigene portio non gravata als ein separatum, behandelt die portio accrescens auch als separatum und stellt nun über die letzte diese Rechnung: von 4000 fl. portio hereditaria können auf keinen Fall 6000 fl. gezahlt werden, also sind den Legataren schon an sich 2000 fl. abzuschneiden. Von dem Rest der 4000 fl. können salva quarta auch nicht 4000 fl. gezahlt werden, also ziehe ich davon auch als quarta Falcidia 1000 fl. ab.

Waren übrigens im gegebenen Fall A und X vom Testator selbst als reciproce substituti §. 834 gerufen, so braucht das Gesetz nicht zu fürchten, daß man seinem Accresciren Härte vorwerfe, indem hier ja die Berechnung durch den Willen des Testators selbst geschehen ist. Hier sind also A und X respektive instituti und vulgariter substituti, und müssen so immer nach den gewöhnlichen Regeln beide Portionen zusammenrechnen.

2) Ist ein Erbe institutus des Erblassers, aber vom letzten auch zum pupillariter substituto seines Hauskindes ernannt, so gilt nach not. x. G. dieselbe Regel, wie dem jure accrescendi nämlich, daß bei einem Accresciren der portio non gravata an eine gravata

eine Verbindung, im umgekehrten Fall aber eine Trennung beider Portionen statt finde.

§. 918.

Ad voc. Den Schulden gleichzusetzenden Legate ꝛc.

Ob die hier erwähnten Legate als Schulden vorabzuziehen oder als Legate zu berechnen sind, ist in den Gesetzen nicht ganz bestimmt entschieden, obgleich es zu ganz anderen Resultaten führt, je nachdem man das eine oder das andere annimmt. Man setze diesen Fall: **A** hat 800 fl. Vermögen. Er setzt den **B** zum Universalerben ein, legt aber dem **B** die Pflicht auf, ad pias causas 600 fl. und an **F** 200 fl. zu zahlen. Werden hier nun jene 600 fl. als Schuld vorabgezogen, so muß **B** auf diese Art rechnen: Als Erbe habe ich nur 200 fl., davon soll ich 200 fl. Legate zahlen, folglich muß ich 50 fl. abziehen lassen. Bringt man hingegen jene 600 fl. als Legat in Anrechnung, so könnte **B** so raisonniren: 800 fl. habe ich als Erbe, davon muß ich 200 fl. als **quarta Falcidia** frei haben. Der **pia causa** darf ich sie nicht abziehen, aber dem **F** darf wohl ein Abzug gemacht werden und daher kann ich von den ihm gebührenden 200 fl. die mir gebührenden 200 fl. nehmen. Offenbar ist nun die erste **Computation** die richtige, denn nach §. 917 **not. k.** darf der Erbe, welcher dem einen Legatar die **Quarta** geschenkt hat, andern Legataren dieß nicht zur Last legen. Soll nun aber nach gesetzlicher Vorschrift der Erbe gewisser Personen keine **quarta Falcidia** abziehen, so heißt dieß eben so viel als er soll sie ihnen schenken, mithin kann der Erbe sich nicht wieder durch eine Seitenwendung an andern Legataren zu erholen suchen. Dieß wollte das **Comp.** mit den Worten: den Schulden gleich zu setzenden Legate sagen, welche Worte

Makeldey Inst. 10te Auflage. §. 720.

ganz mißverstanden und damit ohne alle Gründe den Verfasser des **Comp.** diesmal zu seinem Gegner gemacht hat.

Ad voc. Als vorläufiger Erbtheil geschenkten Sachen.

Dieser Satz läßt sich, wenn man mit Manchen die Worte: „vorläufiger Erbtheil," wegläßt, nicht unbedingt rechtfertigen, wenigstens würde er so unbedingt gestellt, alle äußere Gründe gegen sich haben. Denn nach der **Lex Falcidia** ist es ausgemacht, daß der Erbe in die **quarta Falcidia** im Ganzen nicht das einzurechnen braucht, was er **titulo singulari** empfing. Nun aber ist eine Schenkung unter Lebenden gewiß nichts anders als ein **titulus singularis**. Warum sollte also das Geschenk mit in die **Falcidia** einzurechnen *seyn?* Dazu kommt, daß in **Pauli sententiae**

Lib. 3. tit. 8. §. 3.

ausdrücklich gesagt ist, der Sohn brauche in die **Falcidia** dasjenige nicht einzurechnen, was ihm die Mutter unter Lebenden schenkte; zwar soll nach

L. 56. §. 5. ad leg. Falcidian (35, 2.)

in dem dort gegebenen Fall das Geschenk mit eingerechnet werden. Allein dieser in dem Gesetze erwähnte Fall, war von besonderer Art, daß der Testator unter Lebenden gerade so viel geschenkt hatte, als die **Falcidia** betrug, und da konnte denn nach den Umständen (welche die Klassiker immer sorgfältig benutzten) nicht wohl gesagt werden, dieß Geschenk sey nach dem eigenen Willen des Gebers als eine Abfindung für die **Falcidia** zu behandeln, daher haben auch die mehrsten mit **Cujacius** angenommen, eine **donatio inter vivos** sey nur dann in die **Falcidia** einzurechnen, wenn sie dem Beschenkten **expresse** oder **tacite** als vorläufige Ueberlassung eines Erbtheils gemacht sey.

§. 920.

Ad voc. In conditione posita.

Ein Fall des **in conditione positus esse** ist z. B. dieser: **A** testirt so:

B soll mein Universalerbe seyn.
Ist C, der Bruder des B, todt, so soll
B die Erbschaft an X restituiren.

Hier ist nun C vom Testator nicht zum Fideikommiß berufen, wohl aber der X auf den Fall des Todes von C; mithin kann C als bloßer in conditione positus das Fideikommiß nicht für sich verlangen, weil es ihm nicht gegeben ist. Man muß dieß um so mehr behaupten, da es genug Fälle geben kann, in denen es sich leicht denken läßt, daß der Testator keinen Grund hatte, für das Interesse des in conditione positus sorgen zu wollen, z. B. wenn in dem gegebenen Fall C ein reicher Mann ist, welcher bisher die Ernährung des X besorgte, und wo also A für den X nur auf den Fall des Todes des C zu sorgen braucht, weil bis dahin der X schon durch C gedeckt ist. Dennoch behaupten Manche mit Paginaeus controversiae

l. 4. cap. 51.

der in conditione positus sey im Zweifel zu behandeln, als ob er selbst zum Fideikommissar ernannt wäre, besonders wegen

L. 85. de heredibus instituendis (28, 5.)

wo aber bloß von einer Vulgarsubstitution die Rede ist und wo das Nennen des in conditione positus gar keinen Sinn gehabt haben würde, wenn ihm der Testator nicht subsidiarisch die Erbschaft hätte geben wollen. Für die richtige Idee, welcher nun auch wieder beigetreten ist

Mühlenbruch not. f. cit.

kann auch das in not. f. angeführte Gesetz als ganz entscheidend gelten.

§. 923.

Ad voc. Nach Justinians Vorschrift ꝛc.

In Nov. 159. hat Justinian in Beziehung auf Successiv-Familien-Fideikomisse verordnet, daß sie mit der vierten Generation erlöschen und dann freies Eigenthum des Inhabers werden sollen. Weil das deutsche Recht stets ewige Familien-

fideikommisse anerkannte, so behaupten die Mehrsten, Justinians Vorschrift falle jetzt ganz weg. Allein Andere, deren Meinung jetzt wieder

Pfeiffer not. n. cit.

vertheidigt hat, sagen: Justinians Vorschrift fällt weg, wo ein Familienfideikommiß auf ein splendor familiae geht, also auf den Mannsstamm gerichtet ist, sonst aber ist jene Vorschrift noch jetzt anzuwenden. Man kann dieß freilich eine ganz ingeniöse Distinktion nennen, aber daß sie die allgemeine Praxis gegen sich hat, ist ganz ausgemacht.

§. 926.

Ad voc. Durch das Anwachsungsrecht hinzu kam.

Manche behaupten das Umgekehrte dieses Satzes, aber man muß ihn durchaus vertheidigen, wie es auch wieder

Marezoll in Linde Zeitschrift 6. Bd. 3 Heft, Nr. 10

gethan hat. Denn nach §. 955. wird die **portio accrescens** nur als Nebentheil der Hauptportion betrachtet und muß insofern auf den Fideikommissar nicht übergehen, weil es Regel ist, daß ihm neben der Hauptsache auch die **accessoria** zu restituiren sind, daher sagt auch

L. 83. de acquirenda hereditate (29, 2.)

bei Gelegenheit eines ähnlichen Falls, wo ein **fideicommissum tacitum** im römischen Sinne — §. 920. **not. x.** — an den Fiskus verfallen war, dem Fiduciar accrescire nichts, **quia rem non videtur habere**, d. h. weil er des Verfallens wegen die Portion, woran das Anwachsen geschieht, nicht mehr habe. Die Gegner stützen sich nun zwar auf

L. 78. §. 10. eod.

aber ganz gewiß verkehrt. Denn hier ist ja durchaus nicht von einer **portio accrescens** die Rede, sondern von dem Fall, wo dem Universalerben nur aufgelegt war, einen Theil der Erbschaft herauszugeben, und wo er also nicht die andern Theile durch das **jus accrescendi** gleichsam accessorisch von

außen, sondern direkt vom Testator als Prinzipalsache bekommen hatte.

§. 929.

Ad voc. Und singulari erhalten hat.

Die Praxis hat stets angenommen, es sey ein wesentlicher Unterschied zwischen der **quarta Falcidia** bei Legaten und der **Trebelliana** bei Fideikommissen, indem der **oneratus** bei der letzten in der Regel alles einzurechnen habe, was er **titulo singulari** bekam, während bei der **Falcidia** nach §. 917. in der Regel nur das einzurechnen ist, was der beschwerte Erbe **titulo heredis** erhalten hatte. Die Theoretiker haben sich mit Cujacius ziemlich oft dagegen erklärt, weil die **quarta Trebelliana** nach Analogie der **Falcidia** eingeführt sey und daher jener Unterschied theoretisch sich gar nicht begreifen lasse. Allein er begreift sich an sich sehr gut, da die Römer gewöhnlich die inneren Institute weit mehr nach der Billigkeit modificirten, als es die alte Strenge bei ihren Instituten gethan hatte, wie die ganze Lehre von der **Successio ex edicto unde cognati**, der Fideikommisse und der **praescriptio** gezeigt. Alles kommt hier mithin auf besondere Gesetze an. Wenn man nun auch zugeben muß, daß die Praxis ihre Theorie nicht aus

L. 86. ad leg. Falcid. (35, 2.)

rechtfertigen kann, weil hier nur von der **translatio** der Schulden die Rede ist und ebensowenig aus

L. 24. C. familiae herciscundae (3, 36.)

die bei der völligen Dunkelheit des Falles, worauf sie gehen sollte, für keine Theorie brauchbar ist, so hat doch die Praxis die ganz deutliche Entscheidung in

L. 91. ad leg. Falcid. (35, 2.)

für sich. Das Einzige, was man hier theoretisch sagen konnte und jetzt auch von

Bertram de rebus singulari titulo relicto. Heidelberg 1834.

gesagt ist, besteht darin: Wenn man die in der Anmerkung

zu §. 896. vertheidigte völlige Gleichstellung der Legate und Fideikommisse annimmt, mithin auch, daß die Vortheile, welche sonst der Fideikommissar hatte, auf den Legatar übergehen, so kann nun auch der Legatar verlangen, daß der **heres onera**tus bei Legaten dasjenige einrechne, was er nach dem alten System nicht einzurechnen brauchte. Allein eines *alten festen* Gewohnheitsrechtes wegen, wird diese Idee nicht wohl durchdringen können, da seit der Glosse unsre Praxis felsenfest bei dem Satz blieb, daß der Erbe bei der eigentlichen **Falcidia** mehr begünstigt sey, wie bei der **Trebelliana.**

Ad voc. Wenn einer milden Stiftung.

Ueber diese Ausnahme ist Streit, wobei man sich denn nebenbei noch verkehrt mit auf

L. 49. §. 2. 4. 6. 7. C. de episcop. (1, 3.)

bezieht, welches man nicht thun sollte, weil in diesem Gesetz von dem Fall die Rede ist, daß der Bischoff als Schützer einer **pia causa** sich für sich selbst keine Vortheile aneignen könne. Das einzige hier anwendbare Gesetz ist

Novella 131. cap. 12.

Danach ist es nun

1) gewiß, daß einer **pia causa**, der etwas legirt ward, keine **quarta Falcidia** abgezogen werden darf. Allein läßt sich dieß absolut sagen? Die Praxis bejahte diese Frage stets. Manche sagen aber, die Novelle verbiete den Abzug nur, wenn der Erbe **in mora** komme. So thut es auch wieder

Mühlenbruch in §. 917. not. f. cit.

Doch hat sich

Wenck ibi cit.

mit Recht gegen ihn und für die Praxis erklärt. Denn die Novelle erwähnt im Anfang nur das Retiniren ob **Falcidiam**, welches früher erlaubt war und spricht erst hinterher von Stufen der **mora**, nachdem sie den Abzug der **Falcidia** schlechthin verboten hatte.

2) Eben so gewiß ist es, daß die Praxis stets den Satz

annahm, einer pia causa dürfe auch keine Trebelliana abgezogen werden, wie es auch wieder Wenck angenommen hat, während es Mühlenbruch leugnet, weil jene Novelle nur von der Falcidia und Legaten rede. Allein da die Trebelliana eine nachgebildete Falcidia ist, so wird sie auch Falcidia genannt und von Justinian selbst in

L. 49. C. cit.

Dazu kommt, daß die Novelle allgemein sagt: quae ad pias causas relicta sunt, und daß sich kein Vernunftgrund einsehen läßt, warum eine pia causa bei Fideikommissen härter gehalten werden soll als bei Legaten, besonders nachdem Justinian, wie schon in der Anmerkung zu §. 896. entwickelt ist, alle Vortheile der Legate den Fideikommissen beigelegt hat und umgekehrt.

Ad voc. Wenn der Erblasser den Abzug verbot.

Ueber diesen Punkt hat

Marezoll not. i. cit.

eine eigene Idee gewagt. Weil nämlich Justinian in

Novelle 1. cap. 2.

davon redet, der Abzug der Falcidia sey gestattet, weil der Testator sich über den Bestand seiner Güter irren könne, so schließt nun Marezoll weiter auf diese Art. Ueber arithmetische Größe kann sich der Testator nicht irren, namentlich nicht, wenn er die restitutio der ganzen Erbschaft verordnete. Da nun jene Novelle den Abzug der quarta nicht gestattet, wenn es der Testator verbot, so kann die quarta nun auch dem Universalfideikommissar nie mehr abgezogen werden. Erwägt man indeß, daß Justinian, wenn er auf große Neuerungen ausging, dergleichen nie tacite abthat, und daß die Novelle mehrmals auch die Fideikommisse nennt, so kann und muß man für die Lehre der alten Juristen sagen: Justinian war ein schlechter Philosoph und erklärt die Gründe der Falcidia schlecht, weil nach seiner Ansicht die quarta Tre-

belliana in Beziehung auf Universalfideikommisse gar nicht hätte entstehen können. Allein er verwirft doch nicht das alte Dogma, also kann auch noch jetzt die Trebelliana abgezogen werden, wenn es nicht der Testator speziell verbot, welches Spezielle aber aus der bloßen Aussetzung eines Universalfideikommisses noch nicht gefolgert werden kann.

Ad voc. Außer der Trebelliana einen Pflichttheil.

Nach allgemeinen Begriffen über **pluralitas personarum** (§. 125.) müßte man behaupten, daß ein mit einem Fideikommiß beschwerter Notherbe erst die **legitima** nach den Prinzipien des §. 962. und dann auch noch nach den Regeln des §. 929. eine **quarta Trebelliana** abziehen könne. Allein

L. 6. pr. C. h. t. (6, 49.)

erlaubt ihm nur den Abzug der Trebelliana nach Prinzipien der **legitima**, wahrscheinlich weil die Römer gern das Prinzip anwenden: **duae causae lucrativae in unam personam concurrere nequeunt** — §. 674. — Schon unter den Glossatoren gab es aber Manche, welche für den vorhin erwähnten doppelten Abzug selbst nach römischem Recht stritten und für diese Idee erklärten sich auch die Päbste in den beiden **not. k.** citirten Decretalen, welche man nach ihren Anfangsworten **Rainutius** und **Rainaldus** zu nennen pflegt. Beide Dekretalen haben zwar nur den Fall eines bedingten Fideikommisses, wobei denn Manche ängstlich bleiben wollen. Allein die Praxis hat es mit Recht auf alle Fideikommisse bezogen, weil in jenen Decretalen allgemein das Prinzip über den zu gestattenden doppelten Abzug ausgesprochen ist.

§. 930.

Ad voc. Die Erbschaftsklagen nicht auf den Fideikommissar.

Dieser Satz beruht auf dem bekannten Prinzip, daß eine Person, welche an sich Schulden zu bezahlen hat, diese Schuld

nicht durch einen einseitigen Akt auf andere übertragen kann. Wäre übrigens der Fiduciar in Ansehung der nach dem Testament nicht zu restituirenden Theile mißtrauisch, mochte er aber doch gern dem Fideikommissar zuwenden, ohne sich selbst Gefahren auszusetzen, so kann er sich helfen, indem er nämlich die Antretung und Restitution verweigert und sich nun dazu nach §. 924. gegen Verlust seiner übrigen Vortheile zwingen läßt. Etwas Schelmerei ist freilich bei dieser Cautel, aber sie ist juristisch ganz probat, weil Justinian dazu den Juristen Modestinus in

L. 45. h. t. (36, 1.)

rathen läßt.

§. 934.

Ad voc. Nur des Eidesantrags bedienen.

Weil man sich nach gewöhnlichen Regeln des Prozesses statt des Eidesantrags auch anderer Beweismittel bedienen kann, so haben dieß Manche auch hier zulassen wollen, aber offenbar gegen Justinians Vorschrift in

L. 32. C. de fideicomissis (6, 24.)

und dazu auch noch an sich ganz verkehrt. Denn die confessio ist die s. g. regina probationum, und wenn der oneratus, durch einen Eid gedrängt, selbst eingesteht, daß ihm der Testator auch ohne alle Zeugen ein Vermächtniß mündlich aufgelegt habe, so würde man auf diese Art alle Vorschriften der Gesetze über die zu letzten Willensordnungen gehörigen Formen ganz umgehen.

Ad voc. Und zwar männliche Zeugen.

Manche wollen Weiber als Codicillarzeugen zulassen, weil es kein Gesetz verbiete. Allein es bedürfte darüber keines besonderen Verbotes, weil die Römer überall befolgten, daß die Weiber in ordinandis negotiis civilibus niemals zugezogen werden dürfen.

Ad voc. Als das Schreiben, oder Unterschreiben des Codicillanten.

Dieser bisher von der Praxis stets angenommene Satz ist jetzt von

Marezoll not. s. cit.

geleugnet, indem er will, der Codicillant müsse, wie bei Testamenten — §. 830. — dann unterzeichnen, wenn er das Codicill nicht selbst geschrieben habe, und zwar weil Justinian in

L. 28. §. 1. C. de testamentis (6, 23.)

die Codicille den Testamenten gleich stelle. Allein das Hauptgesetz für Codicille, nämlich

L. 8. in fin. C. de codicillis (6, 36.)

verlangt bei Codicillen nur die Unterschrift der Zeugen, ohne zu unterscheiden, ob der Codicillant die Disposition selbst geschrieben habe oder nicht. Daß der Testator nicht zu unterzeichnen brauche, nimmt nun Justinian in

L. 28. §. 1. C. cit.

wo er seine frühere Vorschrift in

L. 21. C. eod.

etwas verbessert, auch für Testamente an, stellt sie also damit den Codicillen gleich, aber nur für den Fall, wenn der Testator das Testament selbst geschrieben habe; den andern noch denkbaren Fall, da das Testament nicht vom Testator geschrieben ist, berührt er nicht. Also bleiben für diesen Fall die Unterschiede zwischen Codicillen und Testamenten, wie sie durch

L. 21. u. L. 8. C. cit.

begründet waren.

Ad voc. Als zum Beweise nöthig sind.

Sehr viele Praktiker, deren Theorie aber oft von tüchtigen Juristen angefochten ward, behaupten, bei codicillis per testamentum in praeteritum der in futurum confirmati bedürfe es gar keiner Sollennien zur Errichtung, sondern bei dem mündlichen bedürfe es des Begriffs wegen nur zweier Zeugen und die schriftlichen könnten ganz ohne alle Zeugen

durch eine bloße Privatscriptur errichtet werden. Den Hauptgrund entlehnt man daher hiefür, daß in

L. 2. §. 2. L. 14. pr. h. t. (29, 7.)

von den codicillis in testomento confirmatis gesagt wird pro parte testamenti habentur. Dagegen bemerke man aber dieß:

1) Bei letzten Willensordnungen wird nach der Anmerk. zu §. 891. eine große Zahl der Zeugen deßwegen erfordert, damit der Erblasser nach seinem Tode nicht durch wenige schlechte Zeugen belogen werde, oder durch eine betrüglich nachgeahmte Handschrift. Die Billets, welche außer den Testamenten herumschweifen, bekommen ja aber durch die unbestimmte confirmatio des Testaments keine Beweiskraft und in dieser confirmatio liegt auch durchaus nichts, was dazu dienen könnte, Betrügereien abzuwenden, also ist jene Ansicht vielen Praktikern in sich ganz sinnlos.
2) Kein Gesetz sagt, daß es bei codicillis confirmatis keiner 5 Zeugen bedürfe, vielmehr wird in

L. 8. §. 3. C. h. t. (5, 36.)

absolut vorgeschrieben, daß bei jeder letzten Willensordnung außer dem Testament 5 Zeugen zugezogen werden sollen.

Ad voc. Als der Zeuge zu seinem Vortheile aussagt.

Man hat viel darüber gestritten, ob ein Legatar ein gültiger Codicillarzeuge sey. Manche bejahen es unbedingt, weil es kein Gesetz verbiete, andere aber verwerfen den Legatar als Zeugen ganz, weil er bei dem Codicill das sey, was der Erbe bei Testamenten und weil der Erbe nach §. 829. kein Testamentszeuge seyn könne. Dieser Grund ist nun aber verkehrt, weil der Erbe als Zeuge nur deßwegen verworfen wird, weil zwischen ihm und dem Erblasser eine unitas personae eintritt, welches doch gewiß von dem Legatar nicht behauptet werden kann. Will man also hier nichts fingiren, so muß man mit

Titius not. y. cit. sagen: Da uns hier besondere Gesetze fehlen, so kann die Frage nur aus allgemeinen Prinzipien vom Beweise entschieden werden, und danach gilt ja die Regel, daß dem Zeugen so weit geglaubt wird, als seine Aussage ein fremdes Interesse betrifft, daß sie aber in so weit gar nichts gilt, als der Zeuge etwas zu seinem eigenen Vortheil deponirt.

§. 936.

Ad voc. Ein pflichtwidriges Testament.

Es ist eine höchst bestrittene Frage, ob ein Testament, welches wegen einer **exheredatio injuncta** oder wegen einer **praeteritio** als pflichtig oder nichtig angefochten werden darf — §. 968. 969. — durch die Codicillarklausel erhalten werden kann, ob also namentlich jene Klausel die Wirkung hat, daß die in einem solchen Testament hinterlassenen Legate von den Intestaterben zu zahlen sind? Im Allgemeinen ist diese Frage in Ansehung aller ungültigen Testamente zu bejahen. Denn es liegt **implicite** eine Codicillarklausel darin, wenn in einem ungültigen Testamente die Legate erforderlichen Falls auch den Intestaterben aufgelegt sind, und wenn dieß geschah, so muß, wenn das Testament als ungültig erscheint, der Intestaterbe dennoch die Legate bezahlen.

L. 81. de legat. (31.)
L. 24. §. 11. de fideicommissis libertatibus (40, 5.)
L. 1. C. eod. (7, 4.)
L. 4. 29. C. de fideicommissis (6, 42.)

Allein Eigenheiten haben hier die Testamente, — wenigstens nach dem Rechte von Novelle 115. — welche von den Notherben wegen einer ungerechten **exheredatio** als **inofficiosa** oder wegen einer **praeteritio** als **nulla** angefochten werden könne. Was nämlich

1) das testamentum inofficiosum betrifft, haben wir darüber in

L. 13. de inoff. (5, 2.)
L. 26. de legatis 32.

die klare Vorschrift, daß Niemand durch ein solches Testament zur Zahlung eines Vermächtnisses verpflichtet wird, auch wenn der Testator die Auflage an die Intestaterben richtete und zwar deßwegen, weil hier der Testator als **furiosus** betrachtet werde, nach welcher ratio denn auch kein Erhalten eines Codicills möglich ist, weil ein **furiosus** gleichfalls nicht codicilliren kann.

2) Testamente, welche **ob praeteritionem** nichtig sind, sollen, wie

Mühlenbruch Pandekten **tom. 3. S. 307. 308.**

behauptet, durch die Codicillarklausel nicht erhalten werden können, also auch keine Zahlungspflicht der Legate begründen, wenn diese auch den Intestaterben aufgelegt wurden. Allein aus

L. 31. C. de fideicommissis (6, 42.)

ergiebt sich bloß, daß sie der präterirte Notherbe nicht zu zahlen braucht, und damit die ihm widerfahrene Beleidigung der **praeteritio** rächen kann. — Es darf aber bei diesem Allem nicht vergessen werden, daß hier die neueren Vorschriften der Novelle **115** manche Aenderungen gemacht haben, welche erst bei §. **970** erklärt werden können.

§. 939.

Ad voc. Immissio legatorum servandorum caussa.

Diese **immissio**, welche auf sehr weisen Gründen beruht, und aufs genauste in den Pandekten beschrieben ist, soll Justinian nach der Behauptung von

Löhr not. p. cit. in

L. 1. C. communia de legatis (6, 43.)

nebenbei mit drei Worten ganz kassirt haben. Sehr bitter und in jugendlichem Uebermuth wird diese Behauptung angegriffen von

Felsecker not. p. cit.

und zuletzt auch wieder in anständigem Ernst von

Mühlenbruch ibi cit.

und gewiß mit Recht, denn Justinians Vorschrift in

L. 1. C. cit.

geht nicht auf jene zur interimistischen Sicherheit nöthigen Immissiones, sondern auf ein ganz anderes Institut, welche nach

Pauli Sent. IV. 1. §. 15. 17.

früher galt, nämlich daß die mit Vermächtnissen bedachten Personen, welche keine Vindication hatten, wie z. B. der Legatar beim legato per damnationem und die fideicommissarii dadurch besonders geschützt waren, daß sie gegen den oneratus ohne weiteres selbst auf seine eigene Güter ein imissio auswirken könnten.

§. 944.

Ad voc. Milde Stiftungen.

Bei Gelegenheit des Städelschen Instituts in Frankfurt ist neuerlich ein ungeheurer Streit darüber geführt, inwiefern conpora licta und piae causae zu Erben eingesetzt werden dürfen und inwiefern die letzten ohne confirmatis principis bestehen können? Von

Mühlenbruch not. c. cit.

ist für alle möglichen Negativa gesorgt, aber die Mehrheit scheint dahin zu gehen, daß jene Einsetzungen nach einer verloren gegangenen Constitution Justinians, so wie nach römischem Recht und einer ganz entschiedenen Praxis erlaubt sind, daß piae causae an sich keiner Staatsgenehmigung bedürfen, und daß es auf allen Fall genügt, wenn sie nach dem Tode des Erblassers vom Staate genehmigt werden. Das Beste darüber findet man in den Schriften von

Elvers, Wenck und Northoff not. c. cit.

§. 947.

Ad voc. Nach alter Strenge.

Ueber diesen Punkt kann erst in der Anmerk. zu §. 956. das Nöthige gesagt werden.

Ad voc. Im Augenblick des Anfalls desselben.

Früher pflegte man immer zu sagen, der Legatar müsse vom Augenblick des Anfalls bis zur Annahme fähig bleiben. Allein es ist von

Schröter not. p. cit.

sehr gut gezeigt, daß dieß falsch ist. Denn da alle Vermächtnisse gleich nach der **delatio** von dem Legatar erworben werden und auf dessen Erben übergehen, so kann die nachfolgende Unfähigwerdung des Legatars die vollendete Erwerbung des Legats nicht mehr rückgängig machen. Bei Erbschaften ist die Sache anders, insofern der **heres extraneus** nicht **ipso jure**, sondern besonders antreten muß, mithin erst durch die Antretung der Erwerb der Erbschaft geschieht; niemand aber ein **factum** vornehmen darf, wozu er in dem Augenblick, da er es vornehmen will, nicht mehr fähig ist.

§. 948.

Ad voc. Doch gilt die Disposition der letzten.

Die Richtigkeit dieses Satzes in Ansehung der Zornigen ist schon in der Anmerk. zu §. 445 erwiesen. Manche nahmen dasselbe auch in Ansehung der Betrunkenen an, aber ohne Grund, denn der Betrunkene kann ja bloß dann nicht testiren, wenn er sich **partout** vom Verstande getrunken hat, also **pro tempore** rasend ist. Das Testament eines Rasenden konvalescirt aber ausgemacht nicht, auch wenn er es nachher ohne Form eines neuen Testaments genehmigt.

Ad voc. Singulär ist es aber.

Ueber diese Singularität und deren Gründe ist schon in der Anmerkung zu §. 97 das Nöthige gesagt.

§. 951.

Ad voc. Nicht eben konsequent war.

Dieser Punkt hat große Schwierigkeiten und es ist darüber bis ins Unendliche gestritten, wie man am besten aus

Glück not. g. cit.

sehen kann. So viel ist gewiß, daß nach römischem Recht die Erbeinsetzung nicht gilt, wenn der Testator sagt: Derjenige soll mein Erbe seyn, den Titius nur nach seinem Willen ernennt, oder wenn er sagt: Sempronius soll mein Erbe seyn, wenn es Titius so will; daß aber doch die Einsetzung des A erlaubt ist, wenn sie der Testator sonst von einer willkührlichen Fakta des B abhängig macht, z. B. wenn er sagt: Sempronius heres esto, si Titius in Capitolium ascenderit

L. 32. 62. §. 1.

L. 68. de heredibus instituendis (28, 5.)

Wenn nun Ulpian in

L. 1. pr. de legatis (31.)

sagt: man lasse hier doch im Grunde eine Einsetzung in ar-arbitrium tertii collata zu, weil das ascendere in capitolium genau betrachtet, auch eine Handlung der Willkühr sey, so ist dieß kein Widerstreit, sondern nur ein Tadel des Inkonsequenten der recepta sententia, welche das tacitum anders behandelte als das expressum. Daß bei Legaten dasselbe gelte, sagt Ulpians Schüler Modestinus in

L. 52. de condit. et demonst. (35, 1.)

Hiebei macht es nun keine Schwierigkeit, wenn für den Fall eines fideicommissi libertatis in

L. 46. §. 2. de fideicommiss libertatib. (40, 5.)

eine Ausnahme gemacht ist. Denn in favorem libertatis geschah viel, was sonst nicht galt. Nur Ulpians Aeußerungen in

L. 43. §. 2. de legat. 30.
legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest macht hier Schwierigkeit, welche man bisher nur durch Fiktionen entfernen konnte. Die Sache bedeutet aber praktisch nicht viel, da in

cap. 13. X. de testamentis (3, 26.)
allgemein gesagt ist, man könne extremum voluntatem in alterius voluntatem comittere. Die Praxis hat hiernach immer wortgemäß angenommen, durch jene Dekretale sey hier das römische Recht ganz kassirt und so hat es auch

Schrader not. f. cit.
ausführlich vertheidigt. Dagegen hat aber wieder

Glück 34. Bd. S. 1—23.
seine alte Lieblingsidee eifrig verfochten; die Dekretale, obgleich sie nun einmal in ihrer ganzen Fassung absolut lautet — sey bloß auf Geistliche zu beziehen, welche nach altem Herkommen das Recht gehabt hätten, sich durch dritte Personen oder sog. Manusideles einen Erben ernennen zu lassen. Allein der Verfasser jener Dekretale hatte ja die Macht, daraus eine Regel für Alle zu bilden, dennoch hat sich jener Idee wieder angenommen

W. Sell Versuche 2. Th. S. 279—294.

§. 954.

Ad voc. Es wußte, oder wissen konnte.

Diese Beschränkung ist jetzt verworfen von

W. Sell Versuche 2. Theil. S. 74—88. 199—225.
indem er meint, die conditio impossibilis gelte auch dann als non adjecta, wenn sie zwar im Allgemeinen als möglich erscheine in concreto, aber unmöglich gewesen sey, ohne daß der Testator die Unmöglichkeit kannte oder erkennen konnte. Allein man muß sich mit vielen ältern Juristen gegen diese Idee erklären. Denn die Verwerfung der unmöglichen Bedingung geschieht doch gewiß deßwegen, weil man von dem Testator verlangen kann, daß er Etwas ernstliches wolle und

kein Gespött mit dem honerato treibe, dieß kann man aber nicht sagen, wenn er etwas kasuelles, welches **rebus sic stantibus** unmöglich ist, zur Bedingung stellt, ohne die Unmöglichkeit zu kennen. Das Erreichen eines gewissen Alters kann gültig zu einer Bedingung gemacht werden, obgleich nach dem Tode durch die Sektion gezeigt werden kann, daß dem Gestorbenen die Erreichung des verlangten Alters unmöglich war.

L. 16. de manumissis testamento (40, 4.)
L. 19. de statu liberis. (40, 7.)

Daher scheint der Verfasser des Comp. mit der Mehrzahl unserer Juristen auch die Bedingung für gültig zu halten, wenn ein Testator, welcher nicht durch das Brett sehen kann, eine schwangere Frau zur Erbin einsetzt, falls sie einen Sohn gebäre und die Frau nachher mit einer Tochter niederkommt.

Ad voc. Poenae nomine relicta.

Die **Legata poenae nomine relicta** haben viel Streit veranlaßt und sogar die Behauptung Mancher, daß hier Justinian vom alten Recht nichts verstanden habe. Vergleicht man indeß

Ulpian fragmenta tit. 24. §. 17.
§. ult. J. de legatis (2, 20.)
Theophilus ibidem und
tit. D. de hisquae poenae causa. (34, 6.)

so ist es ganz offenbar, daß das alte Recht das Prinzip hatte, ein Legat sey ungültig, welches zur Strafe eines Honorirten einer andern Person angewiesen sey. Bloße **mulctae** an öffentliche Kassen waren aber davon ausgenommen.

L. 6. pr. L. 27. de conditionibus et demonstrationibus (35, 1.)

Alles dieß war denn auch sehr natürlich, denn Legate wird kein fein fühlender Mann annehmen, wenn sie ihm nicht aus Liebe angewiesen werden, und wenn man ihn zur Bestrafung eines andern gebrauchen will, welcher ihn nicht beleidigte. Allein öffentliche Kassen haben nun einmal, wie man zu sagen

pflegt, weder Scham noch Gram und lassen sich daher alles belieben, was man ihnen auf irgend eine Art zuwendet. Justinian war freilich von dem feinen Gefühl der Klassiker oft weit entfernt, und so verordnete er denn allgemein, ein jedes legatum poenae nomine relictum könne eingeklagt werden, wenn nicht dem onerato etwas positiv Unmögliches aufgelegt sey. Für die richtige Ansicht ist auch

W. Sell Versuche 2. Thl. S. 273—279.

Ad voc. Kaptatorische Einsetzungen.

Die kaptatorischen Einsetzungen und Legate wurden deßwegen verboten, weil man sie zu Prellereien gebrauchte. Wollte z. B. A den B anlocken, ihn, den A oder dessen guten Freund C einzusetzen, so testirte A in dieser Art: Wenn B diese Einsetzung vornimmt, so soll er dafür auch mein Erbe seyn. Ließ sich nun B durch diese ihm unter der Hand bekannt gemachte Verordnung des A verführen, so konnte A nachher nur sein Testament heimlich vernichten, wie es jeder thun kann, und damit war B gefangen. Um nun solche Betrügereien abzuschneiden, verordnete ein Sct. die institutio captatoria des A solle nichtig seyn; daß auch die nachher erfolgte Dispensation des B ungültig seyn solle, wie es manche glauben, sagt jenes Gesetz nicht und wohl mit gutem Grunde. Denn ist die institutio des Captans ungültig, so kann sie auch keinen Dritten locken und was dann der Dritte thut, das ist nur ein Werk seiner freien Willkühr. Uebrigens ist in den beiden zuletzt in

not. h.

citirten Dissertationen behauptet, eine kaptatorische Verfügung sey nur vorhanden, wenn man es einem Dritten zur Bedingung mache, seinen letzten Willen bekannt werden zu lassen. Allein es ist dieß eine rein willkührliche Voraussetzung, wogegen sich jetzt auch wieder mit Recht erklärt hat

W. Sell 2. Th. S. 295—313.

Ad voc. Resolutivbedingungen sind unerlaubt.

Dieser Satz war früher immer angenommen und aus den allerbesten Gründen, weil die Römer nach

L. 88. de heredibus instituendis (28, 5.)

das Hauptprinzip haben: **qui semel heres factus est, semper heres monere debet**, welches sich wegen des Interesse der Erbschaftsgläubiger leicht begreift. Dennoch hat

Zimmern in dem not. p. citirten Archiv

die neue Behauptung aufgestellt, man müsse die dem Erben gesetzte **conditio resolutiva** in eine umgekehrte **suspensiva** verwandeln, womit denn offenbar das umgekehrte Verhältniß eines Schwebens über das Hingeben herauskommt, wovon doch der Testator selbst nichts gesagt hatte. Da kein Gesetz eine solche Verdrehung erlaubt, so muß man sie durchaus verwerfen, wie der Verfasser des Comp. in dem

not. p. cit. Archiv

entwickelt hat und jetzt auch

W. Sell Versuche 2. Th. S. 254—460.

§. 957.

Ad voc. Zweckbestimmungen.

Ein ausdrückliches Gesetz über die Zulässigkeit der Zweckbestimmungen in Beziehung auf den Fall, wenn dem Erben ein **modus** aufgelegt ist, haben wir zwar nicht, aber doch ist nichts gegen einen solchen **modus**. Denn der **modus** ist ja an sich nach §. 102 etwas Erlaubtes und es ist gar nicht einzusehen, warum der Testator dem Erben nicht auflegen kann, sein Erbtheil auf vernünftige Art so oder so zu verwenden, welche Anordnung auch im Grunde in der Auflage eines Legats oder Fideikommisses liegt, wogegen die Römer nichts haben. Indessen ist der dem Erblasser aufgelegte **modus** nothwendiger Weise einigen Modifikationen unterworfen, denn

1) läßt sich, da der Erbe als solcher Niemanden über sich

hat, nicht denken, daß der Erbe gleichsam ein Superior de modo implendo eine Caution zu leisten hat, wie sie bei einem legato sub modo der Legator dem Erben zu prästiren hat.

2) Der modus non impletus von Seiten des Erben kann nicht wie bei Legaten eine Revokation des Empfangenen bewirken, weil nach §. 954 in fine ein Erbe nicht sub conditione resolutiva eingesetzt werden kann. Ein einzelner Rechtsstreit, wobei Mancher von diesen Dingen in Frage kam, ist jetzt erzählt in

Linde Zeitschrift 5. Bd. 2. Hft. Nr. 18.

§. 959.

Ad voc. Die mildern Grundsätze der letzten auch für die ersten ein.

So viel ist gewiß, daß stets für Erbeinsetzungen die Regel galt: **Quod ab initio non valet, postea convalescere nequit.** Man mildert indeß diese Strenge der **benevolentiae** wegen in dem Fall, wenn der Testator ausdrücklich gesagt hatte: **A** soll mein Erbe seyn, insofern er zur Zeit der Delation fähig ist.

L. 62. pr. de heredibus instituendis (28, 5.)

Für Legate muß man in alten Zeiten Bedenken gehabt haben, ob dabei jene strenge Regel gelte, oder ob es genug sey, wenn der Legatar nur zur Zeit der Delation die nöthige Fähigkeit habe. Allein in einer auch für Legate erfundenen Regel stellte Cato dasselbe Prinzip auf, welches man jedoch nachher auch wieder für alle **legata conditionata** annahm.

L. 14. de regula catoniana. (34, 7.)

Für alle neueren Institute, also für Fideikommisse nahm man aber jene strengere Regel nicht an.

L. 5. eod.

L. 1. §. 1. 5. de regula catoniana (34, 7.)

Indeß mußte sie freilich in Betreff der äußern Form angenommen werden, seitdem zu allen Codicillen, also auch zu

Fideikommissen 5 Zeugen gefordert werden. — §. 934 — Da nun aber nach §. 896 alle Vortheile der Fideikommisse den Legaten beigelegt sind, so ist es am richtigsten, wenn man sagt: die milderen Grundsätze der Fideikommisse gelten jetzt auch für Legate, also fällt auch für diese, wenn dabei die Form der Codicille beobachtet ist, die **regula catoniana** ganz weg, so daß jeder **ante delationem** eintretende heilende Umstand seine Wirkung thut. Diese Idee ist neuerlich sehr eifrig vertheidigt von

Löhr und Guyet not. y. cit.

aber von

Harnier, Müller und Arndts ib. cit.

lebhaft angegriffen, mit einer Menge von Nebenargumentationen, welche doch den Hauptpunkt nicht zu treffen scheinen und zu genaueren Prüfungen ein großes Buch forderten. Der angebliche Haupt-Umstand, daß Justinian selbst in

§. 32. J. de legatis (2, 20.)

die **regula catoniana** noch im dogmatischen Styl erwähnt habe, worauf

Arndts l. cit. S. 246.

ein besonderes Gewicht legt, kann hier auf allen Fall der Idee von Löhr nicht entgegengesetzt werden, weil nach der Anmerk. zu §. 896 Justinian selbst erklärt hat, er wolle der schwachen Institutionisten wegen das Veraltete lieber noch im dogmatischen Styl anführen.

§. 961.

Ad voc: Und der Arrogirte und plene Adoptirte.

Wenn man annimmt, wie es nach der Anmerk. zu §. 858 mehrere thun, daß **arrogati** und **plene adoptati**, während des **nexus adoptionis** keine Intestaterbrechte eines Kindes gegen den leiblichen Vater haben, so versteht sich dieser Satz des Comp. von selbst, weil es ohne Intestaterbrecht keine **Legitima** geben kann, weil die **Legitima** nur **pars portionis**

ab intestato ist, wie in der letzten Anmerk. zu §. 961 noch genauer entwickelt werden soll. Allein wenn man nach der Anmerk. zu §. 858 annimmt, daß jene Kinder durch

Nov. 115.

Intestaterbrechte eines Kindes bekommen haben, stehen ihm dann deßwegen auch Ansprüche auf eine legitima zu? Viele verneinen diese Frage, wie es auch das Compendium thut, weil man von dem jure succedendi ab intestato noch nicht auf Notherbenrechte, also nicht auf Rechte in Betreff der legitima schließen dürfe. Wirklich ist dieß Prinzip auch wahr, wie sich leicht aus der letzten Anmerkung zu §. 961 ergeben wird. Indeß widerstreitet jetzt

Mühlenbruch not. r. cit.

obgleich er jenes Prinzip im Allgemeinen zugiebt, doch der obigen Idee für unsern Fall, weil das ältere Recht in jenem Fall den Adoptivkindern die Ansprüche auf eine legitima bloß deßwegen abgesprochen habe, weil es ihnen die Intestaterbrechte eines Kindes gegen den leiblichen Vater verweigerte. Gäbe man ihnen nun aber nach der Nov. 118 die Intestaterbrechte, welches letzte freilich Mühlenbruch gegen die Praxis leugnet, aber nach der Anmerkung zu §. 858 ohne genügenden Grund, so müsse ihnen auch nach der Regel: cessante causa cessat effectus der volle Anspruch auf eine legitima eingeräumt werden. Die reine Vernunft kann an sich nichts dagegen sagen, aber wohl wird sich die Vernunft hier für unwichtig erklären müssen, wenn sie sieht, wie hölzern hier das neue römische Recht war, das Intestaterbrecht und die Lehre von der Legitima nie in der vollen Einheit hielt, bald isolirt in die eine und in die andere Materie hineinfuhr, und so zu ganz disparaten Grundideen gekommen ist, wie Mühlenbruch selbst sonst überall anerkannt hat, und wie in der letzten Anmerkung zu §. 961 genauer entwickelt werden soll.

Ad voc. Leibliche eheliche Geschwister.

In Betreff der Geschwister hat

Marezoll not. p. cit.

gegen eine ganz entschiedene Praxis die Behauptung aufgestellt: Geschwister hätten bloß das Recht, daß sie gegen einer ihnen vorgezogene **persona inhonesta** quereliren und diesen alles Angewiesene abfordern könnten, daß sie aber an sich kein Recht auf eine **legitima** hätten, daß ihnen also, wenn ihnen der Bruder noch so viel gäbe als die **legitima** der De= und Ascendenten betrage, dennoch mit einer Querel der eingesetzten **persona inhonesta** alles abfordern könnten. Allein man muß dieß Letzte mit der Praxis durchaus leugnen. Denn auf diese Art käme das **Absurdum** heraus, daß Brüder unter Umständen mehr Recht hätten, als De= und Ascendenten, indem ja die Letzten, wenn ihnen die **legitima** gegeben ist, gegen Niemand weiter, also auch nicht gegen eine **persona inhonesta instituta** eine Beschwerde haben. Auch ist entschieden gegen Marezoll die

Novelle 1. praef. §. 2.

wo gesagt ist, einigen Personen müsse eine **legitima** hinterlassen werden, um sie von der **Querela** auszuschließen, und dieß seyen Eltern, Kinder und **interdum fratres**, nämlich, weil Brüder sich gar nicht beschweren können, wenn ihnen eine **persona inhonesta** vorgezogen wird. Mit allem Recht und mit großer Ausführlichkeit hat sich nun auch

Mühlenbruch in Glück 35. Bd. S. 98—140.

gegen Marezoll erklärt, welcher letzte freilich den eleganten Grund für sich anführen konnte, daß schon

Schifeldius in Otto thesaurus tom. 5. pag. 739.

dieselbe irrige Idee gehabt hat.

Ad voc. Hat Niemand Ansprüche auf einen Pflichttheil.

Zu Rechtfertigung dieses Satzes hat jetzt wieder

Mühlenbruch in Glück Pandekten 35. Band.

S. 89—276.

viel Vortreffliches gesagt. Folgendes wird Alles Wesentliche erklären:

I. Die legitima ist nur ein Theil der portio ab intestato einer Person, und insofern kann es gar keine Notherbenrechte geben, wo eine Person nicht einmal die Eigenschaft eines Intestaterben hat, also ist das Intestaterbrecht auf allen Fall eine conditio sine qua non des Rechts auf eine legitima.

II. Daraus, daß Jemand Intestaterbe ist, folgt noch nicht, daß er Notherbe sey und Rechte für eine legitima habe, indem von der großen Menge der Intestaterben viele zwar ohne Testament succediren, aber durchaus nichts vom Erblasser als legitima fordern können. Hätte sich das römische Recht geistvoll und konsequent hier ausgebildet, so hätte man die Gradationen der Intestaterbfolge auch genau bei der legitima annehmen sollen, mit dem Zusatz, daß nur bei den nächst verbundenen Personen der ersten Grade auch ein Anspruch auf die legitima statt findet. Allein leider haben sich hier die schwerfälligen Kaiser dem leidigen Isoliren ergeben, wodurch denn alle innere Konsequenz gestört ist. So war z. B. die Mutter wegen des alten Systems auch nach dem Sct. Tertulliano in der Eigenschaft einer Cognatin von den entferntesten Agnaten ausgeschlossen, also keine Notherbin, wo ein Agnat da war, und doch war umgekehrt der Agnat kein Notherbe, die Mutter aber eine Notherbin, wenn kein Agnat existirte.

Cod. Theodos. loc. cit.

Franke Notherbenrecht. S. 172—178. 202—206.

Wenn also neuere Gesetze eine Person bloß zur Intestaterbfolge rufen, so kann man deßwegen noch nicht sagen, daß der Berufene auch ein Notherbe sey, wie z. B. nach

Novelle 118.

der frater uterinus in der dritten Klasse neben dem frater consanguineus ab intestato succedirt, aber deßwegen noch keinen Anspruch auf eine legitima, welche das ältere Recht nur den Agnatenbrüdern, aber nicht dem bloßen uterinus gab.

III. Nach den Allegaten in not. d. gab es bei der legitima für Descendenten, welche im Augenblick der delatio der Erbschaft durch eine nachher wegfallende persona intermedia ausgeschlossen waren, keine successio graduum, sondern es ward, wenn der Sohn seinem Recht auf eine legitima entsagte, oder nach der delatio wegfiel, das Recht eine legitima zu fordern, mit Ausschluß des Enkel auf den folgenden ordo der Ascendenten und Brüder devolvirt, welches nach dem Pandektenrecht nothwendig war, weil dieß für Kinder gar keine successio graduum ab intestato kannte, und weil das Edikt bloß eine successio ordinum bei der 1sten und 2ten Klasse zuließ. — Anmerkungen zu §. 854. — Allein wie wird es, seitdem Justinian für die Intestaterben der ersten Klasse die successio graduum eingeführt hat, gehalten? Der Vernunft wegen wollen hier

Franke und Mühlenbruch not. y. cit.

für den Enkel auch bei der legitima eine successio graduum zulassen, allein

Glück loc. cit.

hat immer für das Gegentheil gestritten, freilich mit einem frostigen aber rechtscivilrechtlichen Grunde, nämlich, daß in dieser ganzen Lehre aus dem bloßen Intestaterbrechte noch keine positiven Ansprüche auf eine legitima abgeleitet werden können. Dieselbe Streitfrage findet auch statt in Betreff entfernterer Ascendenten, insofern die Nov. 118 auch für sie bei der Intestaterbfolge die successio graduum eingeführt hat.

IV. Unsere Praktiker haben bisher gewöhnlich angenommen, es gebe 3 ordines der Notherben; zuerst kamen nämlich die Descendenten — und dieß ist gewiß richtig — dann die Ascendenten mit Ausschluß der Brüder und tertio loco die Brüder. Man hat dafür nur zwei schwache Gründe, nämlich, daß in den not. z. citirten Fragmenten die Ascendenten vor den Brüdern genannt werden, und daß die letzten etwas beschränkter sind, als jene, da sie nur klagen können, wenn ihnen eine persona turpis vorgezogen wird. Allein da aus derselben Feder die Worte nur nach und nach fließen, so

kann man aus diesem nach und nach auch keine Grade machen und daraus, daß Jemand materiell kleinere Rechte hat, als ein anderer, folgt noch nicht, daß er in der Ordnung hinter dem andern zu stehen habe. Die 5 ersten in not. z. genannten bedeutenden Schriftsteller haben daher richtiger angenommen, daß Brüder neben Ascendenten in derselben Klasse succediren, aber freilich nicht, wenn das Gegentheil der Fall ist. Existirt also neben einem Ascendenten ein frater consanguineus, so kann der letzte keine legitima fordern, weil er ab intestato in die 3te, der Ascendent aber in die 2te Klasse gehört, und weil aus dem oben unter Nro. 1 angegebenen Grunde, das Intestaterbrecht immer eine conditio sine qua non des Anspruchs auf eine legitima ist.

§. 962.

Ad voc. Jetzt ist er zwar gleichfalls.

Die Neuerung, welche Justinian durch Nov. 18.

in Betreff der Größe der legitima gemacht hat, indem er hier will, daß sie nicht mehr ¼, sondern ⅓ oder ½ der portio ab intestato betrage, je nachdem 4 und weniger, oder 5 und mehr Concurrenten, d. h. mit den Notherben concurrirende Notherben oder Intestaterben — da sind, hat man zur Erleichterung des Gedächtnisses in folgende Verse gebracht:

Quatuor aut infra nates dant jura trientem
Sed dant Semissem liberis si quisque vel ultra.

Manche Kritteleien hat Glück in seiner großen Abhandlung, deren Hauptresultat das Comp. giebt, mit allgemeinem Beifall beseitigt, doch ist nach ihm eine neue große Streitfrage entstanden, nämlich ob die Novelle auf alle Notherben, also auch auf Ascendenten und Brüder geht? Die Praxis hat diese Frage stets unbedenklich bejaht. Allein unerwartet hat

Marezoll not. f. cit.

behauptet, die Schlußworte der Nov. 18. cap. 1. gingen nur

auf Descendenten der entfernteren Grade. Allein erwägt man, daß die praefatio Novellae nur einige filios als occasio legis nennt, und daß, nachdem Justinian von Söhnen des ersten Grades gehandelt hatte, die Schlußworte ganz allgemein so lauten: **Hoc observando in omnibus personis in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est**, so kann die Praxis gewiß mit allem Anstande auf ihrem alten Boden stehen bleiben. Mit Recht haben sich daher auch Franke und Mühlenbruch **not. f. cit.** sehr ausdrücklich gegen Marezoll erklärt; doch hat derselbe **loco cit.** seine **causa desperata** abermals zu vertheidigen gesucht, besonders weil Justinian später *in* **Nov. 66** auch nur **filios** und zwar sechsmal nenne. Allein die **Nov. 18**, worauf er sich hier bezieht, redet ja auch nur von **filiis**, aber doch mit dem vorhin erwähnten absoluten Nachsatz, daß ihre Vorschrift über Vergrößerung der **legitima** schlechthin auf alle Notherben gehen solle.

Ad voc. Enterbte Intestaterben werden ꝛc.

Nach den Gesetzen in **not. h.** gilt die Regel, daß exheredirte Kinder, denen eine **legitima** gegeben werden soll, zu bestimmen sind. Da nun das Mitzählen der exheredirten Kinder die Intestatportion der anderen Kinder verkleinert, so müssen die ersten nun nach Nov. 18 auch als Concurrenten mitgezählt werden, wodurch denn, wenn durch ihr Mitzählen die Zahl auf 5 und mehr steigt, ein Erhöhen der **legitima** von $\frac{1}{3}$ auf $\frac{1}{2}$ der **portio ab intestato** herausgebracht werden kann. Hatte also z. B. X 5 Söhne, **A, B, C, D, E**; exheredirt er den **E** und will er **A, B, C, D** nur auf die **legitima** setzen, so kann jeder derselben, weil durch das Mitzählen des **E** der Intestaterbtheil jedes Kindes auf $\frac{1}{5}$ reducirt wird, als **legitima** $\frac{1}{5}$ von $\frac{1}{5}$ fordern. Man pflegt dieß so auszudrücken: **ex hereditati numerum faciunt ad minuendam et ad augendam legitimam.** Jenes Mitzählen des **ex heredati** als eines Intestaterben ist freilich nach der Strenge insofern nicht juristisch, als der **exheredatus** an sich durch die **exheredatio**

die Eigenschaft eines Intestaterben verloren hat. Allein es folgt doch recht gut aus der andern bekannten Rechtsregel **inter tertios acta tertiis nec nocent nec prosunt**, wonach die schlechten Handlungen des E und dessen Verhältniß zum Vater, die andern Kinder juristisch nichts angeht, daher ist es ein ganz konsequenter Schluß, wenn Viele gesagt haben: auch der Notherbe sey als Intestaterbe und Concurrent mitzuzählen, welcher durch **indignitas** — §. 939. — oder durch Entsagung ausgeschlossen sey. Indeß ist viel darüber gestritten. Zuletzt hat

Mühlenbruch in Glück 35. Bd. S. 262—268.

die obigen Sätze zwar zugegeben in Betreff des **indignus**, weil er wirklich Intestaterbe, dem nur nachher sein Theil entrissen werden könne, und aus gleichen Gründen in Betreff dessen, welcher nach dem Anfall der Erbschaft entsagte; aber geleugnet hat er jene Sätze in Betreff der Notherben, welche vor dem Anfall der Erbschaft rechtsgültig entsagte, weil ein solcher Intestaterbe sey, also auch nicht als mitconcurrirender Intestaterbe in Ansatz gebracht werden könne. Allein in Betreff des **exheredatus** hätten die Römer eben so raisonniren können, dennoch muß er, wie Mühlenbruch selbst zugiebt, mitgezählt werden, und zwar weil hier, wie gesagt, noch ein anderes Princip über die **inter tertios acta** eingreift, wonach es gewiß natürlicher ist, wenn man für die anderen Notherben den entsagenden behandelt, als ob er sich selbst exheredirt hätte und ihn so unter dieselben Prinzipien stellt, wonach die Römer ausgemacht den **exheredatus** beurtheilen.

§. 965.

Ad voc. Durchaus keine logische Ausdehnung.

Obgleich die in der

Nov. 115. cap. 3. pr.

angeführten Exheredationsgründe gelten sollten, so hat man

doch fast immer eine extensio logica auf casus similes und majores zugelassen, wie es auch noch wieder

Franke not. k. cit.

gethan hat. Allein es ist dieß gegen Justinians ausdrückliches Verbot, also eine Korrektur des positiven Rechts durch Philosophie, welche durchaus als solche die entscheidensten Gesetze wider sich hat, daher sich auch zuletzt wieder

Mühlenbruch in Glück 37. Bd. S. 176—182.

mit Recht für den strengen Satz des Comp. erklärt hat.

Ad voc. Bleibt Alles beim Alten.

Gewiß ist es, daß Justinian in Nov. 115 in Betreff der Geschwister nichts änderte, also in Rücksicht ihrer Alles beim Alten ließ, daß er mithin insofern nach wie vor dem arbitrio judicis anheimstellte, ob ausgeschlossene Geschwister wegen ihrer Schlechtigkeit die Ausschließung verdient hätten. Daraus folgt denn freilich eine Freiheit des arbitrii judicis, welche Manche dadurch zu entfernen gesucht haben, daß sie behaupteten, es gebe in Betreff der Geschwister gar keine causas exheredationis, und es falle die Querel derselben gegen den eingesetzten heres indignus bloß dann weg, wenn sie sich als digni oder infames in pari conditione befänden. Es ist dieß aber gewiß unrichtig, weil Brüder doch nicht besser gehalten werden können, als De- und Ascendenten, welche letzten auch, wenn sie nicht gerade ehrlose Personen sind, dennoch wegen grober Vergehen wider den Erblasser ausgeschlossen werden können. Die richtige Ansicht ist nun auch wieder vortrefflich vertheidigt von

Mühlenbruch in Glück 37. Bd. S. 374—391.

Ad voc. Förmlich verziehen.

Dem förmlichen Verzeihen will jetzt

Marezoll not. k. cit.

gegen die Idee aller älteren Juristen kein Gewicht beilegen, weil Justinian nun einmal in

die exheredatio erlaube, wenn eines der in der Novelle genannten Vergehen existire. Allein es läßt sich gegen Marezoll optimo jure erinnern, daß der Jurist das Juristische nicht vergessen soll, und daß es gerade ein Hauptprinzip ist, ein Delikt sey nicht als vollbracht anzusehen, sobald es der Verletzte verziehen habe, daher es auch im gemeinen Leben der gesunde Verstand als eine Niederträchtigkeit behandelt, wenn man einer Person, der man verziehen hat, doch nachher wieder die alten Sünden aufwälzt, welches nur die Hypochondrie oder Bosheit thun kann.

Ad voc. Bona mente.

Die Hauptgesetze über die exheredatio bona mente — von den Römern exheredatio non mala mente, oder non natae causa genannt — sind in not. m. angegeben. Die große Mehrzahl unserer Juristen hat daraus stets den Satz abgeleitet: Der Vater könne die Söhne gültig exherediren, wenn es zu ihrem reellen Besten geschehe, z. B. wenn er die verständigen Söhne seines unheilbar wahnsinnigen Sohnes einsetze, und dem präterirten wahnsinnigen Sohne die Alimente hinterlasse. Hienach sagen denn die Praktiker: die Nov. 115 treffe die exheredatio mente bona nicht, weil sie nur auf die exheredatio ob ingratitudinem gehe, und so bleibe es in Betreff der exheredatio bona mente beim alten Rechte. Dagegen ist nun aber

Franke Notherbenrecht S. 422—444.

mit der Behauptung aufgetreten: Die obigen Gesetze beruhten auf den alten Regeln, daß der Vater einen Sohn willkührlich exheredиren könne, wenn er ihm die legitima gebe; nach der Nov. 115 gelte aber nur eine exheredatio ex justa causa, hac lege expressa, und unter diesen justis causis komme die exheredatio bona mente nicht mehr vor. Allein die Gesetze in not. m. sagen gar nichts von Anweisung der ganzen legitima, und so muß Franke sich mit Suppositionen

helfen, von denen die Gesetze nun einmal nichts sagen. Ausführlich hat nun auch gegen Franke geschrieben

Mühlenbruch in Glück 37. Bd. S. 391—465.

§. 966.

Ad voc. Suppletorische Klage.

Die Sätze, welche das Comp. hier über die actio suppletoria aufgestellt, hat

Mühlenbruch in Glück 36. Bd. S. 1—38.

ausführlich gerechtfertigt, so wie die Behauptung Vieler, daß die actio suppletoria nichts ist als eine actio personalis des Notherben gegen den heres scriptus. In Ansehung der Schenkung unter Lebenden und deren Einrechnung bei der actio suppletoria ist noch zu bemerken, daß sie von der Querel ausschließen, wenn sie als Absendung nur für die Legitima gegeben waren und ganz so viel betragen als diese, werden sie auch unter jener Bedingung gemacht und betragen sie nicht so viel als die Legitima, so kann der Notherbe die actio suppletoria anstellen, außer wenn er nach eröffneter Erbschaft erklärt, daß er mit dem Empfangenen zufrieden seyn wolle.

L. 35. pr. de inoffic. (5, 2.)
L. 35. §. 1. 2. C. eod. (3, 28.)

Uebrigens ist durch Justinians Vorschrift über die actio suppletoria in

L. 30. C. h. t. (3, 28.)

nichts an dem alten formellen Satz geändert, daß der Notherbe vom Vater entweder eingesetzt oder enterbt werden muß, welches ausführlich entwickelt ist von

Mühlenbruch in Glück 37. Bd. S. 103—118.

§. 968.

Ad voc. Es kann sogar ein eingesetzter Notherbe.

Die folgenden Sätze des Comp. sind sehr bedeutend. Man

nehme diesen Fall: A hat 2 Söhne, B C. Sein Vermögen beträgt 12,000 fl. In seinem Testament setzt er den B auf 4000 fl. ein, mit dem Zusatz: B solle davon an personas extraneas 1000 fl. Legate zahlen. Dem C dagegen präterirt er und dafür setzt er X auf den Rest von 8000 fl. ein. Da hier B mehr als die legitima hat, so ist er durch das Testament durchaus nicht verletzt, und kann also dasselbe nach dem Civilrecht nicht angreifen, der C dagegen, wenn er emancipirt ist, kann bonorum possessio contra tabulas suchen, und stoßt dadurch die institutio des X um. Damit hier nun der prätorische Notherbe C nicht von B begünstiget werde, erlaubte der Prätor, daß B dem C beitreten, ja sogar in die Rechte des C mit eintreten könne, wenn diesem die bonorum possessio contra tabulas deferirt sey, der C aber davon keinen Gebrauch machen konnte oder wollte. Die Folgen dieser Eigenheit des Edikts sind bedeutend. Denn wenn auch C in dem gegebenen Fall bonorum possessio contra tabulas sucht, so kann der B sie nun auch suchen, also seine Intestatportion von 6000 fl. verlangen und die Zahlung der Legate an personas extraneas verweigern. Sucht hingegen C keine bonorum possessio contra tabulas, so kann der B das, was durch das Wegfallen des C offen wird, als ein accrescens behandeln, damit die ganze Erbschaft bekommen und sich zugleich auch von der Pflicht der Zahlung der Legate frei machen.

§. 969.

Ad voc. Sonst aber muß der Beklagte erweisen.

Nach Nov. 115 ist es ausgemacht, daß der eingesetzte Erbe gegen die ausgeschlossenen De- und Ascendenten die Existenz der causa exheredationis beweisen muß. Allein da Justinian in Ansehung der querela inofficiosi der Brüder nichts geändert hat, so entsteht die Frage, was für Brüder in Betreff der Beweislast gilt? Manche legen ihnen den

Beweis auf, daß sie die Enterbung nicht verdient hätten. Allein dieß ist gegen die Regel, daß Delikte nicht präsumirt werden. Auch finden wir überall im älteren Recht, daß dem Erben aufgelegt ist, die Unwürdigkeit des querelirenden Notherben zu beweisen, bloß mit der kleinen Einschränkung, daß die querelirenden Kinder im Allgemeinen ihre gute Aufführung beweisen mußten. Die Nov. 115 enthält also nur eine Wiederholung des älteren Hauptprinzips, indem sie bloß noch jene kleine Einschränkung wegläßt, und so ist es eine müssige Frage, ob man wohl diese Novelle als eine **Lex correctoria** auf Brüder ausdehnen dürfe.

Franke not. e. cit.

Daß der Querelant vor Justinian den Beweis habe führen müssen, behauptet nun zwar

Mühlenbruch in Glück 37. Bd. S. 110—140.

allein er lenkt coleni doch wieder ein, indem er Seite 380. 381. zugiebt, daß der Notherbe nur im Allgemeinen sein gutes Betragen zu erweisen gehabt habe, welches Letzte denn gewiß das Höchste ist, was man noch jetzt allenfalls von querelirenden Brüdern verlangen konnte.

Ad voc. Und nie weiter als auf den ꝛc.

Da die querela inofficiosi sonst überall nie auf mehr geht, als auf den Intestaterbtheil des Querelanten, so kann man recht wohl mit Franke not. g. cit. sagen: daß der persona turpis nie mehr entrissen werden kann, als der Intestaterbtheil des querelirenden Bruders beträgt, dabei hat aber jetzt

Buchholz not. g. cit.

eine ganz eigene Idee, indem er behauptet, wenn der persona turpis nicht der ganze Intestaterbtheil des querelirenden Bruders gegeben sey, so könne der letzte, um seine ganze Intestatportion zu erhalten, auch die andern eingesetzten personas honestas anfallen, indem ja in

L. 27. C. h. t. (3, 28.)

für die Zuläſſigkeit der Querel der Agnatengeſchwiſter bloß die institutio der persona turpis zur Bedingung gemacht ſey. Freilich habe dieß Geſetz nach ſeiner urſprünglichen Faſſung im

Cod. Theodos. Lib. 2. tit. 19. const. 1.

wirklich dahin gelautet, daß die Querela bloß gegen die persona turpis ſtatt finde. Allein Juſtinian habe durch Korrektur in

L. 27. C. cit.

eben dieſen Zuſatz weggelaſſen, alſo damit verworfen. Offenbar kann man aber dagegen erinnern: Juſtinian, welcher überall abzukürzen ſuchte, konnte jenen Zuſatz gern weglaſſen, denn alle Welt hat bisher gewußt und geglaubt, daß der unſchuldige Dritte niemals wegen der Schlechtigkeit eines Vierten beſtraft werden darf.

Ad voc. Bonorum possessio lites ordinandae gratia.

Neuerlich hat man über die B. P. lites ordinandae gratia oft nicht die Idee des Comp. angenommen, welche ſchon Stryk hatte und auch von Hugo immer vertheidigt ward, ſondern eine andere Idee von

Averanius not. r. cit.

die dahin geht, jene B. P. ſey nichts anderes geweſen, als ein Geſuch der emancipirten Kinder, ſie gegen die durch Emancipation verlornen Agnatenrechte zu reſtituiren, damit es ihnen möglich ſey, ſich der bloß für die Civilerben erfundenen querela inofficiosi zu bedienen, welches Alles denn jetzt nicht mehr nöthig ſey, da der emancipatus nach Nov. 115 zu den Civilnotherben gehöre. Allein in den Geſetzen der

Note z.

wird unbedingt von der B. P. l. o. g. geſprochen, ohne emancipatos und suos zu unterſcheiden, und die Wirkung der agnatio der B. P. der Kinder wird ſchlechthin dahin geſetzt, daß jene agnatio zur Transmiſſion der querela inoffi-

ciosi diene, gewiß deßwegen, weil der, welcher als Kind B. P. sucht, wo ein testamentum inofficiosum ist, eben damit implicite droht, daß er als Intestaterbe succedire und das inofficiose Testament angreifen wolle, das Drohen mit der querela aber nach not. q. die Querel auf die Erben transmissibel macht. Wider die Ansicht von Averanius hat sich nun auch erklärt

Schilling über röm. Rechtsgeschichte S. 211—213.

Allein gegen ihn erklärt sich dann wieder

Mühlenbruch not. r. cit.

indem er meinte: die B. P. l. o. g. sey nichts gewesen, als B. P. der ex edicto erbfähig gewordenen Personen, um durch eine nachgesuchte successio ab intestato zur querela inofficiosi fähig zu werden. Allein bei dieser Idee läßt sich gar nicht einsehen, warum die Kinder, welche schon an sich ex edicto unde liberi gerufen waren, nun der Prätor noch einmal mit der Bitte hatte angehen müssen, daß er doch sein Wort halten möge.

Ad voc. Einer ziemlich herrschenden Meinung.

Dem Gesetz in not. d., woraus man diese herrschende Meinung abgeleitet hat, kann recht gut und gewiß am besten mit

Franke not. d. cit.

dieser Sinn beigelegt werden. Nach dem Scto. Silaniano — §. 974. — ist Alles nichtig, was ein Interessent selbst in das Testament geschrieben hat. Man könnte also fragen: wenn der exheredirte Sohn A auf Befehl seines Vaters seine exheredatio selbst in das väterliche Testament geschrieben hat, gilt dann auch nach jenem Scto die exheredatio des A als nichtig, und hat er mithin die Vortheile der Nullitätsklage eines praeteriti? Dieß verneint nun das Gesetz in not. d., weil das Scto Libonianum nur auf den Fall geht, wenn ein Dritter etwas zu seinem Vortheil in das Testament schrieb.

Man muß mithin sagen: A gilt hier als rite exheredatus, aber das, worauf er im Fall einer exheredatio rite facta sed injusta Anspruch hat — nämlich die querela inofficiosi — ist ihm keineswegs abzusprechen.

§. 970.

Ad voc. Kinder und Eltern haben also die Querela gar nicht mehr.

Durch das ältere Civilrecht war dem Vater nichts vorgeschrieben, als das formelle Einsetzen oder Exherediren der Kinder. So konnte denn sein Testament im Fall der praeteritio wegen formeller Fehler für nichtig erklärt werden. Hatte er dagegen formell exheredirt, aber sine justa causa, so blieb den Kindern nichts übrig, als die durch die spätere Praxis gestattete Beschwerde; über lieblose Behandlung — querela inofficiosi — der Mutter wären im Verhältniß zu den Kindern gar keine Formen gesetzt, also gab es gegen ihr Testament niemals eine querela nullitatis, sondern nur die querela inofficiosi wegen grundloser und unbilliger praeteritio oder exheredatio. Dasselbe galt aus völlig gleichen Gründen, wenn Kinder ihre Eltern, oder Brüder ihre Brüder präterirt oder exheredirt hatten. Die Nov. 115 ist nun aber mit großen Neuerungen nachgefolgt, indem sie die alten Vorschriften wiederholt und dann auch das Allegiren eines der von ihr zulässigen Exheredationsgründe, sofern dergleichen vorhanden sind, verlangt, indem sie hinzusetzt, wenn gegen eine ihrer Vorschriften gefehlt sey, so solle mit Vernichtung aller heredis institutionum geradezu die Intestaterbfolge eintreten. Da nun De- und Ascendenten, wenn gegen sie gefehlt ist, immer aus der Novelle, mithin aus der Lex, das Testament angreifen können, Handlungen contra legem aber im Zweifel nichtig sind — §. 78. — und Justinian selbst sagt, daß geradezu die Intestaterbfolge eintreten solle, wenn nirgend gefehlt sey, so verschwindet damit für De- und Ascendenten der alte Nothbehelf einer querela inofficiosi, und sie haben

stets die querela nullitatis — klassisch gesprochen die hereditatis petitio ab intestato. — Es muß daher für ganz verkehrt erklärt werden, wenn viele andere ältere s. g. elegante Juristen hier nur eine Erweiterung der querela inofficiosi für die Fälle annehmen wollten, wo gegen die neue Vorschriften der Nov. 115 gefehlt sey, oder wenn ältere Praktiker meinten, man könne den De- und Ascendenten wenigstens dann bloß die querela inofficiosi gestatten, sobald alles übrige in der Ordnung und bloß die causa allegata erlogen sey. Es ist dieß eine klaglose Distinktion, weil der, welcher eine causa erlügt, eben damit auch gegen die Vorschrift der Nov. 115 gehandelt hat. Das richtige jetzt sogenannte Nullitätssystem, welches schon einige Glossatoren billigten, ist neuerlich von Bluntschli und Franke not. h. cit. gut vertheidigt und zuletzt in einer sehr tief eingehenden Erörterung von

Mühlenbruch in Glück 37. Bd. S. 187—373.

§. 975.

Ad voc. Nachher schriftlich erklärt.

Der Grund, warum der Prätor bei einer stattgehabten capitis deminutio minima durch arrogatio nach erfolgter emancipatio nicht absolut, wie im Fall der capitis deminutio maxima und media B. P. ertheilte, sondern erst dann, wenn der befreite arrogatus sich für die fortdauernde Gültigkeit seines Testaments förmlich erklärt hatte, liegt gewiß darin, weil die größeren capitis deminutiones in der Regel gegen den Willen des Gestraften eintreten, bei der arrogatio aber Alles von dem eigenen Willen des arrogati ausgeht, man hier also sagen kann, daß er selbst die Aufhebung seines Testaments gewollt habe, sich also bei veränderten Umständen für dessen Wiederherstellung auch selbst erklären müsse. Der capitis deminutio minima ist übrigens gewiß auch der Fall gleichzusetzen, wenn jemand in einem Lande testirt, wo er schon früh testiren konnte und nachher Bürger eines andern

Landes wird, nach dessen Gesetzen er die Testamentsmündigkeit noch nicht erreicht hat.

Voet Lib. 28. tit. 3. §. 12. 13.

§. 978.

Ad voc. Kann jedoch kein früheres Testament aufheben.

Es kann keinen Zweifel leiden, daß diese Sätze des Comp. an sich unvernünftig sind, daher man sie auch oft der Vernunft wegen geleugnet hat. Allein leider sind über diesen Punkt die Gesetze mit ihrer Unvernunft nur zu klar. Denn das Reichsgesetz in **not. e.** sagt mit ausdrücklichen Worten: „Eltern könnten unter ihren Kindern nur privilegirt testiren." Da kein anderes Testament zuvor gemacht, und daß ein Testament der Eltern unter Kindern immer nur durch ein feierliches neues Testament aufgehoben werden könne, sagt die

Nov. 107. cap. 2.

auch ausdrücklich. Zwar wollen Manche die Nov. nur von dem Fall verstehen, wenn Eltern in dem neuen Testament eine **persona extranea** einsetzen wollen; allein die Novelle spricht ganz absolut von einem neuen Testament, und dieß kann ja auch gedacht werden, wenn die Eltern bloß unter Kindern testiren, denselben neue Auflagen machen oder die Erbtheile anders bestimmen, als es in dem früheren Testament geschehen war.

§. 979.

Ad voc. Selbst der Widerruf vor 7 Zeugen unzulässig.

Das ältere Recht hatte die Regel, daß ein gehörig errichtetes Testament durch bloßen Ablauf der Zeit nicht seine Kraft verliere. Weil indeß nach dem Testiren sich auch wohl die Umstände ändern; — wobei man aber dem Testator selbst überlassen sollte, danach seine Einrichtung zu treffen, — so

ward einfältig genug von Arcadius verordnet, ein Testament solle bloß durch Ablauf von 10 Jahren seine Kraft verlieren.

Cod. Theodos. lib. 4. tit. 4. const. 18.

Dieß verwarf nun aber Justinian in

L. 27. C. de testamentis (6, 23.)

aber doch in halber Einfalt mit dem betrübten Zusatz: eine **revocatio** solle schon vor 3 Zeugen genügen, wenn zu dem Testament der **lapsus decenii** hinzukomme. Das Comp. drückt dieß nicht ganz richtig so aus, als ob einem solchen Widerruf der **lapsus decenii** vorangegangen seyn müsse, während doch das Gesetz nur sagt: der **lapsus decenii** bekräftige den Widerruf. Daher genügt es, wenn z. B. das Testament wenige Jahre nach der Errichtung widerrufen wird, und dann nachher das 10jährige Alter des Testaments eintritt.

Voet Lib. 28. tit. 3. §. 1.

Hier haben wir nun einen Fall, daß ein Testament durch bloßen Widerruf erlischt, und dann auch noch einen andern in Betreff des militairischen Testaments in

L. 15. §. 2. de militari testamento (29, 1.)

Sonst aber weiß das römische Recht nichts von der Zulässigkeit einer bloßen **revocatio testamenti** und selbst nichts von einer **revocatio** vor 7 Zeugen, vielmehr wird in §. 7. **J. quibus modis testamenta infirmantur (2, 17.)**

L. 27. C. cit.

Novella 107. cap. 2.

der **lapsus decenii** abgerechnet, bestimmt nur eine **revocatio per testamentum** gestattet. Es begreift sich dieß auch wohl, weil das alte Civilrecht auf den Todesfall nichts als **testamenta** gestattet hatte, welche nicht, wie ein bloßer Widerruf, etwas bloß Negatives sind, sondern positiv die Einsetzung eines **heres** erfordern.

Die Praktiker sind indeß stets am mehrsten dafür gewesen, daß jedes Testament durch bloße **revocatio** ungültig wird,

wenn bei dem Widerruf so viele Zeugen waren, als zur Errichtung eines Testaments gehörten, und zwar wegen

L. 38. de R. J.

Allein es sind gegen diese Idee die obigen positiven Rechtsgründe, und **L. 35. cit.** steht dem nicht entgegen, theils weil sie nicht namentlich auf Testamente geht, für welche wir hier Eigenheiten haben, theils weil ein bloßer Widerruf streng genommen kein **directo contrarium** eines bestehenden Testaments ist, welches **contrarium** man nur annehmen kann, wenn der **institutio** des alten Testaments in der neuen Disposition positiv eine konträre Disposition entgegengesetzt wird. Vergebens stützen sich die Gegner auch auf die Worte: **voluntatem testator mutaverit in**

L. 1. §. 8. si tabulae testamenti nullae (38, 6.)

Denn in diesem Testament ist ja gar nicht genauer entwickelt, wie die **voluntas mutatio** beschaffen seyn muß, wenn sie den **effectum rumpendi** haben soll, und in dieser Hinsicht ist in allen übrigen Gesetzen der Willensänderung nur Kraft beigelegt, wenn der Testator sein früheres Testament materiell zerstört, in der Absicht, daß es nicht gelten solle, oder wenn er demselben ein neues konträres Testament gegenüber stellt.

§. 980.

Ad voc. Sofern dem ersten Empfänger schlechthin.

Ueber diesen Satz des **Comp.** ist viel gestritten und zwar mit Rücksicht auf

L. 31. §. 1. de aliment. legat. (34, 4.)

Einige stellen demnach mit **Cujac.** unbedingt den Satz auf, wenn A ein Legat ausgesetzt sey mit dem Zusatz, er solle es an B restituiren, so bekomme es auch der A nicht, wenn es der Testator nachher dem B wieder nehme. Diese Behauptung stimmt aber gar nicht zu der Regel des §. 955, Nro. 4, daß ein Legat beim **onerato** bleibt, wenn es der **honoratus** nicht annehmen will oder kann. Daher haben denn andere die,

L. 31. §. 1. cit.

zu emendiren gesucht und bei dieser Gelegenheit haben sich denn die impertinenten Kritiker alles Mögliche aufgethan. Einige schieben sanft ein non ein, andere machen bloß quin aus cur, andere hängen an cur bloß ein haud an u. s. w. Allein man kann hier im prosaischen Gehorsam bleiben. Die L. 31. cit. enthält nämlich bloß den Fall, daß der s. g. legataria aufgehoben war, auf der Stelle die empfangene Sache an einen andern herauszugeben. Hier war denn nun die sogenannte erste Legataria im Grunde nichts als ein s. g. instrumentum solutionis zum Nutzen eines Dritten und konnte dann freilich, weil eigentlich an ihr Interesse nicht gedacht war, für sich nichts verlangen, wenn dem Dritten als einem eigentlichen Legatar das Legat nachher wieder genommen ward.

L. 17. §. 2. de legat. II. 31.
L. 30. §. 2. de ademendis (34, 4.)

Daraus läßt sich aber offenbar noch keine Regel für den Fall bilden, wenn der Testator auch dem zuerst berufenen Legatar etwas hatte zuwenden wollen und ihm nur die Pflicht auflegte, nachher einem Andern auf Verlangen etwas abzugeben, für welchen Fall man nach §. 959 Nr. IV. bei der Regel bleiben muß und kann. Daß der legatarius oneratus sein ganzes commodum behält, wenn ein Dritter, dem er an sich etwas abzugeben hatte, nicht zur Concurrenz kommen will oder kann.

Ad voc. Allein es folgt aus der Natur der Sache.

Der Fall kann vorkommen, daß ein Testator erst dem A und B Sachen legirt, nachher aber in das Bedenken kommt und erklärt, er habe nicht beiden, sondern einem von beiden etwas legiren wollen, daß er aber bei dieser letzten Erklärung sich zweideutig ausdrückt, so daß man nicht sieht, ob die revocatio auf den A oder B geht. Manche meinen nun, ein perplexum gelte an sich nichts, hier also auch nicht die perplexa

revocatio, und so sey das Legat sowohl an A als an B zu geben. Allein in

L. 10. pr. de rebus dubiis (34, 5.)

steht nach allen Handschriften: daß beide Legatare nichts fordern könnten. Leider steht aber nach der Florentina in

L. 3. §. 7. de adimendis legat. (34, 4.)

gerade das Umgekehrte, wodurch denn die Florentina mit sich selbst in Widerspruch kommt, während die besten Vulgatmanuskripte statt des florentinischen utrique vielmehr neutri legatum habe, welches man denn schon nach gemeinen Regeln der Kritik vorziehen muß, weil damit eine volle Eintracht herauskommt. Es läßt sich mit Worten nicht sagen, welche Künsteleien man hier versuchte, um aus der Verlegenheit zu kommen, wozu aber auch in der Vernunft kein Grund liegt, weil das neuter legatum an sich ganz in der Ordnung ist; denn wenn man den Sinn einer Willenserklärung angeben will, so muß man auch die ganze Rede von vorn bis hinten vergleichen.

L. 24. de legib. (1, 3.)

Wird man nun durch eine zweideutige ademtio in die Lage gebracht, daß man am Ende nicht sieht, welcher von den zuerst genannten Personen der testator in fine finali etwas lassen also geben wollte, so kommt damit das zuerst ausgesprochene Geben ganz in's Ungewisse. Die Sache ist hier gerade ebenso, als wenn jemand einen ganz klaren Satz aufstellt, nachher aber bemerkt: so sey es gar nicht gemeint, sondern nur in gewisser Masse, und sich dann bei Aufklärung des letzten völlig in das Unverständliche verliert, wo denn doch jeder Zuhörer kopfschüttelnd mit dem Resultat davon gehen wird, daß er am Ende gar nicht wisse, was eigentlich der docens gemeint habe.

§. 983.

Ad voc. Alle übrige Theile desselben zu Grunde.

Vor Justinian ging gewiß das ganze Testament zu

Grunde, wenn der heres ex asse, oder wenn alle Erben nicht antreten konnten oder wollten, weil die Römer auch hier ihre Regel anwandten, daß mit dem prineipali auch das accessorium falle. Nur im Fall eines doli ward die in §. 986 erwähnte Ausnahme gemacht. Hiebei hat nun

Nov. 1. cap. 2. §. 2,

noch eine Nebenbestimmung hinzugefügt, nämlich, daß dasselbe eintreten soll, wenn dem Erben der Abzug der quarta Falcidia verboten ist und derselbe sich dieß nicht gefallen lassen will, wo denn die Erbschaft an die Substituten, Miterben und Legatare kommen soll. Bloß auf diesen einzelnen Fall geht die Novelle und noch dazu bloß auf den Fall, wenn der Erbe angetreten hat, also gar nicht auf den Fall der repudiatio. Indeß hat nun

Löhr in dem not. k. cit. Archiv

die Behauptung gewagt: Justinian sey bei jener Novelle gewiß durch den allgemeinen Rechtssatz geleitet: bei keiner Entsagung der Erben werden accessoria nicht vernichtet, wofür er denn nichts hat, als die Präsumtion eines ganz unjuristischen Prinzips, für welches Justinian sich auch mit keiner Sylbe erklärt hat. Sehr gut hat

Franke not. k. cit.

darüber gehandelt und auch

Kritz Rechtsfälle, 1. Bd. S. 51—62.

§. 985.

Ad voc. Auch die ganzen Prälegate.

Dieser Satz beruht auf den in der Aumerk. zu §. 899 entwickelten Grundsätzen, daß ein Prälegat ganz als Legat behandelt wird, sofern es der Prälegatar von andern zu fordern hat, also auch nach der Erbausschlagung dasjenige, was er an sich selbst hätte auszahlen müssen, wenn er Erbe geworden wäre, und nun recht gut von andern fordern kann, welche nach seiner Entsagung der Erbschaft als heredes an seine Stelle rücken. Das Gegentheil hat nun zwar

Nieto not. i. cit.
behauptet, aber ganz gegen alle civilistischen Prinzipien und und gegen die Gesetze in not. i. Er beruft sich zwar auf

l. 4. §. 10. de doli exceptione (44, 4.)

wo denn doch aber offenbar nicht ein Wort der Art steht. Sodann führt er auch noch einige besondere Fälle an, ohne zu erwägen, daß für diese Fälle aus individuellen Gründen Etwas Eigenes gilt, und selbst in der Art, daß hier der Prälegatar auch nicht einmal den Theil des Prälegats fordern kann, den er nach Antretung der Erbschaft, welcher er jetzt entsagt, von andern Personen hätte fordern können. Diese beiden ausgenommenen Fälle sind nun folgende:

1) Wenn dem Erben, welcher entsagt, ein Prälegat nur unter der Bedingung gegeben war, daß er auch als Erbe antrete.

L. 17. §. 3. de dol. except. (44, 2.)

2) Wenn der Erbe arglistig nicht antreten will und wenn ihm nun nach den Prinzipien des §. 924. 986 die Strafen des bösen Willens treffen.

L. 10. §. 1. si quis omissa causa. (29, 4.)
L. 55. §. 3. ad Sct. Trebellian. (36, 1.)

Aus den obigen Gründen behält denn auch der Erbe das ganze Prälegat, wenn ihm nachher aus besonderen Gründen die Erbschaft, welche er antrat, wieder genommen wird.

L. 87. §. 1. de legatis. (30.)
L. 12. §. 1. L. 18. §. 2. de rebus quae ut indignis. (34, 9.)

§. 987.

Ad voc. Muß dieß gegen sie erweisen.

Manche unserer Juristen wollen diesen Satz nicht zugeben und behaupten, die sui müßten von ihrer Seite beweisen, daß sie sich nicht imiscirt hätten. Allein liest man nur die Ueberschrift der Observation in

Pufendorf not. h. cit.

worin gefragt wird, ob die Kinder das Abstiniren oder die Gläubiger das Immisciren beweisen müßten, so sieht man gleich, wie die Gegner hier zwei verschiedene Dinge mit einander vereinigen. Da nämlich die **sui ipso jure** Erben werden, so müssen sie freilich abstiniren, wenn sie sich den Ansprüchen der Erbschaftsgläubiger entziehen wollen, daß dieß Abstiniren geschehen sey, brauchen freilich die Gläubiger an sich nicht anzunehmen, weil es eine **res facti** ist, welche nicht präsumirt wird. Allein wenn die **sui** als Erben ihres Vaters von dessen Gläubigern belangt werden und die **sui** die Klage von sich ablehnen, weil sie abstiniren wollten, so ist kein weiterer Beweis der **abstentio** nöthig, weil das Abstiniren mit einfachen Worten geschehen kann und **eo ipso** vorliegt, sobald die **sui**, ihres Abstinirens wegen, die Klage der Gläubiger von sich ablehnen. Ganz verschieden hievon ist die andere Frage, ob die Kinder beweisen müssen, daß sie sich nicht imiscirt haben und daß ihnen deßwegen das Abstiniren noch frei stehe. Dieser Beweis kann ihnen nun offenbar nicht zur Last fallen, weil die **imixtio** ein positives Faktum ist, welches als solches von den Behauptenden erwiesen werden muß. Zwar beruft sich Pufendorf auf

L. ult. §. 1. C. de jure deliberandi (6, 30.)

welche aber gar nicht hieher gehört, da sie bloß von dem Fall redet, daß sich Jemand ein **spacium deliberandi** erbeten hat, wo denn freilich das Eigene gilt, daß das fortgesetzte Schweigen durch die ganze Deliberationsfrist als eine **aditio tacita** behandelt wird.

§. 994.

Ad voc. Verbis conjuncti.

Gewöhnlich pflegt man **verbis conjunctos** nur diejenigen zu nennen, welche zwar in demselben Redesatz verbunden, aber auf ideale Theile vom Testator selbst gesetzt sind, z. B. der Testator sagt:

A und B sollen mein Haus jeder zu ½ haben.

Für diese Idee ist freilich das Beispiel in

L. 89. de legatis. (32.)

Allein es ist doch kein Grund einzusehen, warum man nicht auch diejenigen verbis conjunctos nennen soll, welche in derselben propositio vereinigt erwähnt, also ebenfalls verbis conjuncti sind, aber auf physisch verschiedene Theile gerufen werden, z. B. wenn das Testament so lautet:

A und B legire ich meinen Acker X, so daß A die hochliegenden und B die niederliegenden Theile desselben haben soll.

Weil dieses Beispiel in den Gesetzen fehlt, wenigstens ohne Hinzufügung des Wortes verbis conjuncti, so wollen Manche hier den Ausdruck verbis conjuncti nicht gebrauchen, obgleich er hier nach der Sprache auch ganz paßt. Uebrigens ist jetzt

Baumeister not. m. cit.

auf die eigene Idee gekommen, zu behaupten: verbis conjuncti seyen bloß diejenigen, denen der Testator in derselben propositio erst hinterher Theile gebe, während er sie im Anfange der propositio indefinite zu derselben Sache gerufen habe: z. B. wenn das Testament so lautet:

Den fundus X legire ich dem A und B jedem zur Hälfte.

Es sind dieß aber reine figmenta, um auch für legatarios verbis conjunctos ein jus accrescendi herauszukünsteln, wogegen erst in der Anmerk. zu §. 996 das Nöthige gesagt werden kann.

§. 995.

Ad voc. Und der Käufer eines Erbtheils.

Es giebt Mehrere, welche behaupten, den emtor hereditatis — §. 887 — stehe nicht das Recht zu, die portio accrescens für sich zu verlangen, sondern diese verbleibe dem venditor hereditatis. Allein man muß das Gegentheil behaupten, wie man es nach der Anmerk. zu §. 926 auch im Fall einer restitutio fideicommissi behaupten muß. Denn dem emtor hereditatis sind alle Nebentheile der ihm verkauf-

ten Portion zu restituiren und die Portio accrescens gilt nur gleichsam als ein Anschuß an die Hauptportion. Daher heißt es ja auch in Betreff eines fideicommissi taciti im Sinn der Römer — §. 920 not. x. — dem Fiduciar, dem zur Strafe sein Fideikommißtheil genommen ward, accrescire nichts, weil er den Haupttheil, wovon das Accresciren geschieht, der Entreißung wegen nicht mehr besitze.

L. 83. de acquirenda hereditate. (29, 2.)

Ad voc. Weder verbis conjuncti noch re conjuncti.

Dieser Satz steht sonnenklar in

L. un. §. 10. C. de caducis. (6, 51.)

indem hier bloß den heredibus re et verbis conjunctis ein Vorzugsrecht bei dem Wegfallen ihres conjuncti gegeben ist. Dennoch hat der Satz des Comp. in Betreff der re conjunctorum neuerlich

Göschen, Zimmern, Baumeister not. a. cit.

Gegner gefunden, welche behaupten, auch heredes re conjuncti hätten beim Wegfallen ihres conjuncti ein Vorzugsrecht. Der Verfasser des Comp. suchte in dem not. a. citirten Archiv den Satz des Comp. wieder zu vertheidigen, und für ihn erklärten sich denn auch

Gans und Rudorf loc. cit.

Göschen und dessen Anhänger berufen sich theils auf die Gesetze, welche bloß vom Legaten reden und gar nicht auf Erben angewandt werden können, wie die folgenden Entwickelungen zeigen werden, theils auf nachstehende Gesetze:

1) auf L. 59. §. 3. de heredibus instituendis. (28, 5.) Allein hier ist ja nur von conjunctis unbestimmt die Rede und da muß man den Gegnern des Comp. einwenden, daß die Römer gewöhnlich und vorzugsweise unter conjuncti nur re et verbis conjuncti verstehen, während sie dagegen bloße re conjunctos, weil sie in der Formel getrennt sind, separatos und disjunctos

nennen, welches gegen Göschen recht gut durch folgende kleine Armee durchgefochten werden kann.

Gaj. II. 199.

§. 8. J. de legatis. (8, 20.)

L. 1. §. 3. de usufructu accrescendo (7, 2.)

L. 33. de legatis. (I, 30.)

L. 13. §. 1. L. 41. pr. de legatis. II, 31.

L. 30. de conditionibus et demonstrationibus (35, 1.)

L. 142. de V. S. (30, 16.) und

L. 23. C. de legatis. (6, 37.)

2) Auf L. 26. §. 1. de conditionib. et demonstrationib. (35, 1.) Allein in diesem Fragment wird ja nicht unser Fall erwähnt, daß heredes re conjuncti noch einen andern coheres zur Seite haben. Am wenigsten aber hätten sich die Gegner

3) Auf L. 20. §. 2. de heredibus instituendis. (28, 5.) berufen sollen. Denn hier ist ja gerade nach den Worten vivus et mortuus von re et verbis conjunctis die Rede. Bei Legaten kann zwar ein Collegatar, welcher nicht einmal re conjunctus anderer ist, welche unter sich re conjuncti sind, nichts von dem bekommen, was einer der re conjunctorum offen werden läßt, sondern dieß wächst bloß dem andern legatario re conjuncto an. Allein dieß hat den eigenen Grund, daß ein Legatar niemals dasjenige gewinnt, was ihm der Testator gar nicht gab.

Sagt also z. B. der Testator:

A legire ich mein Haus,

B legire ich meinen Garten,

Dem C legire ich auch diesen Garten,

so bekommt bloß B den Theil des ausfallenden, C und A bekömmt nichts davon, weil er gar nicht zum Garten gerufen war. Allein der heres ist ja an sich zu der ganzen Erbschaft gerufen, weil er auch, wenn ihn der Erblasser in re minima entsetzte, dennoch alle andern vacantes annehmen muß. Da nun auf diese Art jeder

Erbe an sich auch zu dem Theil des Miterben gerufen ist, jeder Erbe also im Grunde als re conjunctus aller andern Miterben erscheint, so kann auch durch das im Testament bloß für einige Erben ausgesprochene re conjunctus esse kein Vorzugsrecht im Gegensatz anderer Miterben, für die eine solche Formel nicht gebraucht ist, zur Folge haben.

Ad voc. Nicht zu einem unbestimmten.

Dieser Punkt ist bestritten, und man hat dabei bis auf die letzte Zeit viel fingirt, wie man aus den Schriften in not. b. sehen kann. Mit der Idee von

Taber not. b. cit.

scheint hier Alles am leichtesten erklärt werden zu können: Es wird nämlich in

L. 17. §. 1. de heredibus instituend. (28, 5.)

gesagt: die sine parte scripti hätten keinen Vorzug bei dem jure accrescendi. Da hier die undecim partes dem sine parte entgegengesetzt werden, so sind hier offenbar unter sine parte scriptis die zu verstehen, welche zwar conjunctim, aber zu keinem fest begränzten Objekt gerufen worden, z. B. der Testator sagt:

A B sollen meine Erben seyn auf 1/12,
C D setze ich auch ein.

Hier sind C D sine parte scripti. Fällt nun C weg, so accrescirt dessen Theil pro rata dem A B und D. Dagegen ward in

L. 63. eod.

den heredibus sine partibus scriptis ein jus potius gegeben, wenn sie zugleich verbis conjuncti sind. Erwägt man nun, daß der Plural sine partibus nur auf den Fall gehen kann, wenn mehrere partes in Frage kommen, also wenn davon die Rede ist, wie ein Collegatar sich gegen einen andern Collegatar mit seinem Theile verhält, daß ferner re conjuncti gerade die sind, denen ein Verhältniß zu einander keine partes gegeben sind, und daß alle andere Gesetze den

heredibus re et verbis conjunctis ein jus potius geben, nicht aber bloßen re conjunctis, so wird durch

L. 63. cit.

bloß eben diese Regel ausgedrückt, wobei man denn aus

L. 17. §. 1. cit.

nur die Nebenbemerkung zu machen hat, daß die, welche bloß zu einem unbestimmten und unbegränzten Etwas gerufen wurden, gar nicht als **re conjuncti**, mithin auch, wenn sie in derselben **propositio** erwähnt werden, nicht als **re et verbis conjunctis** gelten. Das **jus potius** hat also nur statt, wenn es z. B. so heißt:

A B sollen meine Erben seyn auf $^{11}/_{12}$,

C D setze ich auch ein auf $^{1}/_{12}$.

Hier sind nun **C D sine partibus**, aber nicht **sine parte scripti**, mithin volle **re et verbis conjuncti**. Entsagt mithin C, so hat **D jure potiori** ausschließlich das **jus accrescendi.**

§. 996.

Ad voc. Das Anwachsungsrecht der Legatare.

Das Anwachsungsrecht der Legatare beruht im Wesentlichen auf dieser einfachen Idee: Man hat keinen äußeren Grund, dem Legatar, welcher es mit den Gläubigern nicht zu thun hat, mehr zu geben, als ihm der Testator selbst anwies. Sind indeß mehrere Legatare **in solidum** zu derselben Sache berufen, welche sich denn insofern, wenn sie konkurriren, **pro rata** beschränken müssen, **si concursa partes fiunt**, so behält der Legatar, dem als **re conjuncto** oder als **re et verbis conjuncto** das Ganze an sich gegeben war, dieses Ganze, sofern sein Collegatar ausfällt. Folgendes gehört hier aber noch zur näheren Bestimmung:

I. Sind Legatare in verschiedenen Sätzen auf verschiedene Sachen gerufen, so ist gewiß von einem **jure accrescendi** gar nicht die Rede, z. B. wenn der Testator sagt:

A soll mein Reitpferd haben,
B legire ich meine Uhr.

II. Eben dieß muß man wegen des obigen Grundprinzips dieser Lehre nach den Gesetzen in

not. f. g. h.

annehmen, wenn die mehreren Legatare als bloße **verbis conjuncti** in derselben **propositio** genannt, oder auf verschiedene **species** oder verschiedene Theile gerufen sind, z. B. der Testator sagt:

A und B sollen von meinen Sklaven, der erste den Sklaven X und der letzte den Sklaven Z haben,

oder wenn es im Testament heißt:

A und B sollen den **fundus** X jeder zu ½ bekommen.

Ueber den letzten Fall ist von jeher großer Streit gewesen, besonders wegen

L. 89. de legatis. (32.)

welche zu allen möglichen Fiktionen Veranlassung gab und neuerlich Baumeister Anwachsungsrecht S. 190—207 zur Behauptung brachte: daß man unterscheiden müsse, ob der Testator bei einer von ihm selbst vorgenommenen Theilung gleich vorn oder erst gleich hinterher getheilt habe, z. B. ob er sagte:

X und Z gebe ich den **fundus** A jedem zur Hälfte,

oder ob es hieß:

X und Z sollen jeder zur Hälfte den **fundus** A haben,

gegen welche durch kein Gesetz unterstützte übertriebene Subtilität nach

L. 40. §. 2. de conditionibus et demonstrationibus. (35, 1.)

selbst der subtile Labeo lebhaft würde protestirt haben. Zum Glück sind hier jetzt, wenn man mit

Ulpiani fragmenta XX. 17.

noch ferner

Gaj. II. 207. 286.
Vatican. Fragmenta §. 195.

verbindet, alle Schwierigkeiten gehoben, indem danach die

L. 89. cit.

gar nicht auf das **jus accrescendi** geht, sondern auf die ca-

ducorum vindicatio, wonach die patres d. h. Personen, welche Kinder hatten, nach gewissen Gradationen, wobei auch aus unbekannten Gründen auf die bloße verborum conjunctio Rücksicht genommen ward, als praemium der Fruchtbarkeit, die aperta an sich ziehen konnten, welche sonst nach der Strenge der lex Pappia Pappaea an den Fiskus gefallen wären, welches Alles Franke und Rudorff not. g. cit. vortrefflich ausgeführt haben.

III. Es kann noch ein vermischter Fall vorkommen, daß der eine Legatar zur ganzen Sache X gerufen ist, der andere aber nur zu einem Theil derselben, z. B. der Testator sagt:

A legire ich die Sache X,
dem Blegire ich 1/3 der Sache X.

Nach den obigen Prinzipien muß man hier nun sagen: Wenn B wegfällt, so behält A die ganze Sache X, aber wenn A wegfällt, so kann B nicht mehr als 1/3 der Sache fordern, weil ihm der Testator nicht mehr gegeben hat. Dieß bestätigt nun auch

L. 3. §. 2. quemadmodum ususfructus amittitur. (7, 4.) woran sich der Unsinn oft den Kopf abgestoßen hat. Um dieß Fragment zu verstehen, erinnere man sich zuerst nur daran, daß nach dem durch Justinian aufgehobenen System der Pandektisten der Nießbrauch schon durch capitis deminutio minima unterging. — §. 768 a. E. Nun nehme man diesen Fall jenes Fragments: das Testament lautet so:

Dem A legire ich den Nießbrauch des fundus X,
dem B legire ich den Nießbrauch desselben fundus,
Findet B eine capitis deminutio minima; so soll ihm gleich die Hälfte des Nießbrauchs des fundus X wiedergegeben werden.

Hier ist nun dem B der erneuerte Nießbrauch nur zur Hälfte wiedergegeben. Kommt es also zu einer capitis deminutio von seiner Seite, so erhält B nur den ihm für diesen Fall gegebenen halben Nießbrauch zurück, und wenn A ausschlägt, so fällt die andere Hälfte an den proprietarius des fundus X zurück, während umgekehrt, wenn B ganz wegfällt und A

annimmt, dem X A der ganze Nießbrauch verbleibt, weil er ihm an sich ganz gegeben ward.

IV. Im Grunde ist in den Prinzipien der Pandektisten über das bisher beschriebene **jus accrescendi** der Legatare insofern etwas Subtiles, als man nach

L. 24. de legibus. (1, 3.)

das Resultat einer Rede erst durch Vergleichung aller Theile der Rede zu bilden hat und hier kann man denn auch sagen: dem A ist im Grunde nur ½ und dem B auch nur ½ des fundus X gegeben, der Testator mag nun A und B als bloße **verbis conjunctos** so gerufen haben:

A und B vermache ich jedem zur Hälfte den fundus X,

oder als **re conjunctos** so:

A legire ich den fundus X,
B legire ich den fundus X,

oder als **re et verbis conjunctos** in dieser Art:

dem A und B legire ich den fundus X.

Darüber hat nun zuletzt Justinian gegrübelt. Er kam dabei auf den Gedanken, wenn in verschiedenen Zeilen die Legatare als **re conjuncti** jeder zu einem Ganzen gerufen werden, so ruht die ganze Seele des Testators isolirt auf jedem Legatar und so kann man denn jeden Legatar als einen solchen nehmen, dem das Ganze gegeben war. Stehen dagegen Legatare als **re et verbis conjuncti** dem Testator gleich vor der Seele, so hat er selbst im Grunde gleich getheilt und daher ist hier das von den klassischen Juristen gestattete **jus accrescendi** im Grunde mehr ein Vortheil, den das Gesetz als **beneficium** giebt, daher verordnete nun Justinian in

L. un. §. 11. C. de caducis. (6, 51.)

folgendes: der **re conjunctus** hat das **jus accrescendi per se**, muß es also leiden, braucht aber die auf die Portion seines wegfallenden Collegatars gelegten Lasten nicht zu übernehmen. Der **re et verbis conjunctus** kann das Accresciren als ein ihm **ex lege** deferirtes neues **commodum** annehmen, braucht es indeß nicht zu thun; thut er es aber, so muß er

auch die auf die portio accrescens gelegten Lasten berichtigen. Daher haben denn viele unserer Juristen gesagt: der Legatar bekomme im Ganzen nie mehr, als ihm der Testator gab, und so sey hier nicht sowohl von einem accrescere als von einem non decrescere die Rede. Allein vorzugsweise müsse man doch nach Justinians eben erwähnten Ideen dem bloßen re conjuncto ein reines jus non decrescendi beilegen, während der re et verbis conjunctus mehr ein eigentliches jus accrescendi habe.

Ad voc. Wie namentlich bei dem Nießbrauch.

Gewöhnlich sagte man bisher, es sey hier für den Nießbrauch eine Ausnahme von der Regel, daß ein von dem einen Legatar erworbenes Legat dessen Collegatar nicht mehr accrescieren könne, wenn der erste nach dem Erwerb wegfalle. Allein der Satz des Comp. über den Nießbrauch ist, genau genommen, keine Ausnahme von jener Regel, sondern eine Folge des Rechtsgrundsatzes, daß, wie die Früchte allmählig entstehen, ebenso auch gleichsam stückweise und einzelne Nießbräuche deferirt werden. Der wegfallende Nutznießer ward also gar nicht angesehen, als ob er einen Nießbrauch profutore erworben habe. Dabei ist noch das Eigene, worüber sehr viel konjekturirt ist, daß der Nießbrauch nach römischer Ansicht der Person deferirt wird, daß also der re conjunctus, welcher seinen Theil annahm, aber verlor, dennoch den Theil seines wegfallenden Collegatars verlangen kann.

L. 10. de usufructu accrescendo. (7, 3.)

Ad voc. Nicht bereits so viel hat.

Dieser Satz bezieht sich vorzüglich auf das legatum alimentorum. Man nehme den Fall, daß A sagt: er wolle dem B und C damit die Alimente aus seinem Landgute X legiren. Reicht hier nun das Landgut hin, beide Legatare vollständig zu alimentiren und fällt nachher B weg, so kann C nicht mehr fordern, als er bisher bezog, weil man sich auf

dieser Welt nur einmal ganz sättigen kann, wenn man beim Leben bleiben will.

§. 999.

Ad voc. Deren Eröffnung der Erblasser verbot.

Gewiß ist es, daß der Richter gegen das Verbot des Erblassers nichts bekannt machen oder eröffnen darf. In wenigen Fällen versteht sich dieß indeß von selbst. Es darf nämlich der Richter

1) das Datum des Testaments nicht publiciren, damit nicht Betrüger neuere Testamente erdichten,

L. 2. §. 6. h. t. (29, 3.)
L. 3. C. eod. (6, 23.)

welches indeß willkührliche Praktiker nicht zu befolgen pflegen.

Voet. lib. 2. tit. 3. §. 2.
Lib. 29. tit. 3. §. 4.

Auch darf der Richter

2) die vom Testator verschlossenen **tabulas pupillares** — §. 837. — während der Impubertät des Kindes nicht eröffnen. Aus

§. 3. J. de pupillari substitutione. (2, 16.)

scheint es zwar, als ob dazu ein besonderes Verbot des Vaters gehöre. Allein die besondere Versiegelung des Pupillartestaments deutet schon an sich auf ein solches Verbot und die hier ganz bestimmten Pandekten verbieten nach

L. 8. 9. h. t. (29, 3.)

das Eröffnen des Pupillartestaments bloß unter der Beschränkung, daß sie statt finden könne, wenn das Kind sich in utero befinde, und daß sich vermuthen lasse, das Pupillartestament werde etwas über die cura ventris enthalten, woran sich auch unsere Praxis in der Regel immer gehalten hat.

Anhang.

Ueber die Verjährung

§. 1002.

Ad voc. Praescriptio judicialis, testamentaria etc.

Bei den Römern heißt eigentlich nur die von den neueren Juristen s. g. praescriptio legalis eine praescriptio und eigentlich auch nur die erst durch die Edikte geschaffene gesetzliche Verjährung, im Gegensatz deren die alte Verjährung der 12 Tafeln usucapio heißt. Weil indeß Justinian die usucapio und praescriptio des Eigenthums mit einander verschmolzen hat, so hat man bei uns stets alle durch das Gesetz begründeten Verjährungen praescriptio genannt. Da indeß auf ähnliche Art auch durch Verträge, Testamente und richterlich angesetzte Termine ein Verlust des Rechts durch Nichtgebrauch herbeigeführt werden kann, so haben die mehrsten neueren Juristen auch von einer praescriptio conventionalis, testamentaria und judicialis geredet. Manche Juristen erklärten sich zwar dawider, weil für solche Fälle bei den Römern das Wort praescriptio nicht vorkomme. Allein eine Wissenschaft kann ja auch in ihren Terminologien fortschreiten und es ist wichtig, diese neuere Terminologie beizubehalten, weil sie nun auch durch das Wort materielle Zusammenstellungen herbeiführt, welche zu wichtigen Resultaten führen, wie nachher gezeigt werden soll.

Ad voc. Verengen, oder erweitern.

Darüber kann gar kein Zweifel seyn, daß die Partheien alle gesetzliche Verjährungstermine unter sich durch Privat-

dispositionen verkürzen können, sofern sie überhaupt in Betreff ihrer Rechte eine Dispositionsgewalt haben. Denn unter dieser Voraussetzung können sie ja ihrem Rechte ganz entsagen. Wer aber das Recht ganz aufgeben kann, der kann es um so mehr auch zum Theil erlassen. Allein dürfen die Partheien auch die gesetzlichen Verjährungstermine erweitern? Viele haben diese Frage unbedingt verneint, weil die Verjährung als Theil des **juris publici** durch Privatdispositionen nicht geändert werden könne. Andere behaupten unbeschränkt das Gegentheil, weil hier kein Gebot existire und weil in der Regel jeder Einzelne für sich seinem Rechte entsagen könne. Dieser Grund läßt sich nun freilich im Ganzen nicht läugnen, aber doch muß man ihn in Betreff der **praescriptio longissimi temporis** verwerfen, weil diese mit auf das Interesse der Gerichte und darauf berechnet ist, daß das Aufrühren alter Sachen zu gefährlich sey und daß diese Verjährung daher auch durch keinen der gewöhnlichsten Restitutionsgründe angefochten werden könne.

L. 3. C. de praescriptione. 30. annorum. (7, 39.)

Novella 111. praef.

über welchen letzten Punkt noch mehr am Ende vorkommen wird. Die kurzen Verjährungsfristen dagegen, bloß auf das Privatinteresse berechnet, können allerdings durch Vertrag erweitert werden, wie sich aus

L. 31. §. 22. (21, 1.)

ergiebt.

Ad voc. Von Amtswegen nicht geltend machen.

Man hat über diesen Satz stets gestritten, noch neuerlich ist dawider von

Unterholzner und Linde not. o. cit.

absolut vertheidigt, weil der Richter überhaupt nie ex officio verfahren dürfe. Absolut leugnen ihn hingegen

Pfeiffer und Löhr

in dem not. c. citirten Archiv, weil die Verjährung das Recht tilge und weil der Richter unzulässige Klagen verwerfen müsse.

Die erste Parthei hat nun wohl gewiß im Ganzen wegen ihres Hauptgrundes, daß der Richter nicht ex officio verfahren darf, allerdings Recht. Aber die Ansicht der zweiten Parthei muß man doch billigen in Betreff einer einzelnen Art, nämlich der praescriptio longissimi temporis, weil hier gerade die gesetzliche Ansicht dahin geht, daß es überhaupt verderblich sey, wenn man zu alte Sachen wieder aus der Vergessenheit hervorziehe,

Novella Valentiani Nr. 8.

L. 3. 4. C. de praescript. 30. annorum. (7, 39.)

welches sich denn um so leichter begreift, da der Beweis über veraltete Dinge leicht zu unabsehlichen Weitläuftigkeiten führt. Hier hat also der Richter ein eigenes Interesse, daß die Weitläuftigkeit abgewandt werde, und wo der Richter sein Interesse vertheidigt, da kann er überall ex officio verfahren, wie er es auch thun kann, wenn ihn die Partheien und Advokaten injuriren. Auf ganz eigene Idee ist

Schröder not. c. cit.

gekommen, indem er gerade umgekehrt behauptet: der Richter dürfe bei den Temporarklagen des Edikts die verjährte Klage verwerfen, weil in Betreff solcher Klagen das Edikt sage: intra anum dubo, aber bei der praescriptio longissimi temporis sey ihm das Verfahren ex officio nicht zu gestatten, weil hier die Gesetze den Besitzer nur eine exceptio ertheilten, und weil der Richter exceptiones nicht suppliren dürfe. Allein wenn das Edikt sagt: actionem dubo, so heißt dieß ja nicht, daß sie der Prätor im einzelnen Fall schaffen will, sondern nur, daß man nach dem Edikt ein Recht darauf hat. Da nun, wie in der vorigen Anmerk. erwähnt war, die Temporalpräscriptionen bloß auf das Interesse der Partheien berechnet sind, so läßt sich auch nicht begreifen, wie sie hier den Partheien, welche sich nicht darauf berufen, durch den Richter aufgedrängt werden können, während bei der praescriptio longissimi temporis, wie gesagt, die Hauptansicht gerade umgekehrt ist. Das Wort exceptio kann hier aber nicht entscheidend seyn, denn wenn es auch die Römer oft nur auf

den Fall beziehen, wo sich jemand auf die aequitas gegen ein strictum jus beruft, so wird es doch auch oft gebraucht, wo jemand behaupten kann, daß ein Recht nach aller Strenge des Rechts ipso jure zu existiren aufgehört habe.

Lex 16. de publiciana. (6, 2.)

L. 24. de exceptione rei judicatae. (42, 2.)

§. 1003.

Ad voc. Extinctiva.

Die Eintheilung der praescriptio in extinctiva und acquisitiva existirt in allen unsern Schriften; aber gewöhnlich mit einer Definition, welche die Sache etwas lebhaft angiebt, indem man nämlich sagt: durch die extinctiva werde bloß ein Recht getilgt und durch die acquisitiva ein Recht erworben, welches denn genau nicht bestehen kann, weil nach §. 1. jus et obligatio correlati sint, und weil also immer durch das Schaffen eines Rechts eine Pflicht Anderer entsteht und durch die Befreiung von einer Pflicht auch umgekehrt ein Recht. Zur genauen Einsicht jener Eintheilung bemerke man:

1) wenn das bisherige Recht des A aufhört, so kann nun auch nicht weiter von der Pflicht derer die Rede seyn, welche dieß Recht bisher zu respektiren hatten. Allein in der Vernichtung des Rechts liegt doch an sich nichts weiter, als daß es von nun an andere Personen nicht weiter anzuerkennen brauchen, keineswegs aber, daß für diese andere Personen daraus noch ein anderer positiver Vortheil erwächst. Sagt z. B. ein Gesetz: A solle diese Sache nicht mehr haben, so folgt freilich, daß B und C den A nicht mehr als Eigenthümer zu respektiren brauchen, keineswegs aber, daß nun B und C positiv selbst Eigenthümer der Sache werden.

2) Geben die Gesetze dem A positiv ein Recht, welches dem bisherigen Recht des B widerstreitet, ohne allein aus der Aufhebung des Rechts zu folgen, so muß eben wegen dieses Widerstreits das Recht des B aufhören, das

Recht des A mag nun aber dasjenige seyn, welches B bisher hatte, z. B. wenn das Gesetz sagt: A soll durch seinen langen Besitz das Eigenthum des B an sich bringen — praescriptio translativa bei uns genannt, — oder ein neues Recht, welches indirekt das Recht eines Andern untergräbt, z. B. wenn es hieße: A solle eine Servitut an der Sache des B durch langen Gebrauch bekommen — praescriptio constitutiva von unsern Juristen genannt — Fälle dieser Art nennt man nun praescriptio acquisitiva, weil dabei nicht bloß negativ dasjenige erfolgt, sondern weil dazu auch noch ein positiver Gegensatz eintritt.

§. 1006.

Ad voc. Bei dem Quasi-Besitz eine Ausnahme.

Dieser Satz könnte insofern problematisch scheinen, als nach §. 1017 eine Servitut schon dann erworben wird, wenn ein Quasibesitz derselben die Verjährungszeit hindurch non vi non clam, non precario statt fand, und sonst aus einem bloßen Widerspruch des A gegen den Besitzer B noch keine vis des letzten entsteht. Allein die Gesetze in not. p. nehmen nun einmal an, daß der quasi-possessor als gewaltsamer Besitzer gilt, wenn er der Protestation des Grundbesitzers ungeachtet mit der Ausübung der Servitut fortfährt, welches Alles

Langen not. p. cit.

sehr gut entwickelt hat.

§. 1008.

Ad voc. Das Kanonische Recht.

Nach römischem Recht gehört zur Verjährung bloß bona fides im Anfange des Besitzes. Zwar hat früher Unterholzner zu zeigen gesucht, daß der, welcher ex causa donationis verjähren wolle, nach römischem Recht in bona fide

continua seyn müsse. Allein er selbst hat später diese unerweisliche Idee aufgegeben. Es kommt darauf auch jetzt gar nichts weiter an. Da das

cap. ult. X. de praescriptione. (2, 26.)

im christkatholischen Geiste ganz konsequent vorschreibt: **ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica quam civilis** in der Art: **ut qui praescribit in nulla temporis parte res habeat conscientiam alienae.** Man hat diese Dekretale zwar vielfach zu beschränken gesucht, indem man sie bloß auf acquisitive Verjährung beschränken wollte oder gar nur auf die Eigenthumserwerbung wegen der Worte: **rei alienae.** Allein die Praxis hat jene Dekretale immer ganz absolut genommen und mit vollem Recht. Denn der Pabst stellt erst eine ganz unbedingte Regel auf, und der Ausdruck **alienum** ist bei den Römern nicht gerade auf fremdes Eigenthum beschränkt, sondern kann überhaupt auf Alles bezogen werden, worauf irgend ein Anderer einen dinglichen oder persönlichen Anspruch hat, wie man z. B. von dem, welcher viele Personalschulden hat, recht klassisch sagen kann, er habe viel **aes alienum**, obgleich es dann nebenbei doch eine ausgemachte Sache ist, daß der Gläubiger eines Personalschuldners das Vermögen des Letzten keineswegs als sein Eigenthum betrachten kann.

Ad voc. Nach kanonischem Recht.

Nach römischem Rechte ist es gewiß, daß die dem Erblasser vorzuwerfende **mala fides in initio** auch dem Erben desselben schadet, weil Erblasser und Erbe ganz als dieselbe Person gelten, und weil bei den Erben juristisch kein neuer Verjährungsbesitz anfängt, sondern weil von demselben nur der bisherige Besitz fortgesetzt wird; dagegen hat nun zwar

Pfeiffer not. a. cit.

eingewandt: Wenn der Erbe selbst **in bona fide** sey, so könne er nun nach kanonischem Recht verjähren, weil dieß mit seinen in der vorigen Anmerk. erwähnten neuen Prinzipien über **bona fides continua** nur den Sünder habe treffen wollen.

Allein die Päpste haben ja mit ihrem neuen Prinzip nichts über die Frage ausgesprochen, in wiefern jemand schuldig sey, sich fremde Sünden anrechnen zu lassen und dieß andere Prinzip folgt von selbst aus den Regeln über **unitas personae** zwischen dem Erben und Erblasser, welche die Päpste durchaus nirgend aufgehoben haben, wie sie es auch der Vernunft wegen nicht thun konnten. Man muß also mit unserer Praxis einfach sagen: Die Päpste haben mit ihrer neuen Vorschrift die Erfordernisse der Verjährung vermehrt, aber keineswegs dasjenige nachgelassen, was man schon nach römischem Recht jener **unitas personae** wegen verlangen kann.

Ad voc. Von dem Gläubiger abzuholende Sache.

Viele sagen in dem gegebenen Fall, der Besitzer, weil er dem Gläubiger die Sache nicht zugetragen habe, sich in keiner **mala fides** befinde, also könne er dann auch nach römischem Recht verjähren. Das **Compendium** verwirft diese Idee mit Recht. Denn wenn **A** dem **B** eine Sache schuldig ist, welche **B** von ihm abzuholen hat, so braucht freilich **A** dem **B** die Sache nicht zu bringen und ist sofern, wenn er es nicht thut, keineswegs **in mala fide**. Allein er hat bei dem Allem doch die **conscientia rei alienae**, und wenn Jemand diese hat, so kann er gerade nach dem

Caput. ult. X. de praescript. (2, 26.)

durch Verjährung nicht gewinnen, obgleich man hier seinen Besitz nicht eine Schelmerei nennen kann. In Betreff der vorhin im **Comp.** für den Fall des **non usus** gemachten Ausnahme ist freilich Alles in der Ordnung, weil hier der Herr der dienenden Sache, welcher den **non usus** des Servituteninhabers ruhig geschehen läßt, durchaus kein fremdes Gut in Handen hat, also insofern auch nicht durch den Vorwurf des Besitzes **in conscientia rei alienae** getroffen wird, folglich hier der Verlust des Rechts bloß **in poenam negligentiae** des Servituteninhabers, welcher von seinem Rechte keinen Gebrauch machte, begründet wird.

§. 1009.

Ad voc. Schlechthin dem bürgerlichen Verkehr.

Aus diesem Grundsatze folgt auch, daß man an den unbedingt dem gemeinen Gebrauch überlassenen **rebus comunibus** und **publicis** durch Gebrauch kein ausschließliches Recht weiter erwerben kann, als so lange der Besitz dauert, daß man also auch z. B. im Weltmeer und in einem öffentlichen Fluß, das Recht in einer Bucht zu fischen zwar so lange hat, als man davon Gebrauch macht, daß man es aber nicht *für die* Zukunft sich aneignen kann. Dieß Alles steht klar in

L. 45. pr. de usurpat. (41, 3.)

Allein in

L. 7. de diversis temboralibus praescript. (44, 3.)

steht in Betreff der Zukunft absolut das Gegentheil. Hierüber ist nun mancher Streit entstanden. Neuerlich hat

Hofmann not. g. cit.

eifrig behauptet, man müsse dem zweiten Fragment denselben Sinn unterlegen, den das erste habe — weil sonst ein Widerspruch heraus komme. Allein wo ein Widerspruch ist, da kann er durch gesunde Augen nur gefunden aber nicht entfernt werden.

Ad voc. Durch Besitzergreifung entwandte bewegliche ꝛc.

Nach altrömischem Recht waren **res furtivae** und **vi possessae** ganz unverjährbar. Denn ihre **usucapio** war durch die **12 Tafeln** und spätere **leges** verboten, welches Verbot auch bei der prätorischen **praescriptio** angewandt war und außer diesen Verjährungsarten gab es früher keine andere. Als aber durch die späteren Kaiser die **praescriptio longissimi temporis** eingeführt war — §. 1015. — so fielen sie nun unter die Prinzipien dieser Verjährung. Man muß also nach dem neuesten römischen Recht sagen: **Res fur-**

tivae und vi possessae, sind nicht der praescriptio longi, wohl aber der praescriptio longissimi temporis unterworfen. Allein in der

Carolina Art. 209.

daß gestohlene oder geraubte Sachen nicht durch die Länge der Zeit verjährt werden können, damit ist denn offenbar ihre gänzliche Unverjährbarkeit ausgesprochen; doch wollen Manche, daß man jene Stelle bloß in Gemäßheit des römischen Rechts verstehe, welches freilich jene Worte gegen sich hat, und auch den Umstand, daß die Verfasser unserer alten Reichsgesetze überall in den Feinheiten des römischen Rechts gar nicht orientirt waren. Auf allen Fall muß man aber sagen, daß die

C. C. C.

nur auf die Mobilien bezogen werden kann, welches man einem andern heimlich oder mit Gewalt aus seinem Besitz in gewinnsüchtiger Absicht nimmt; denn die teutschen Worte: Diebstahl und Raub, gehen nur darauf.

Kleinschrodt Archiv 3. Band, 1. Stück, Nro. 4.

Die **res immobiles vi possessae** stehen also ferner noch unter dem römischen Recht, und ebenso die Fälle, wo das römische Wort **furtum** noch weiter geht, also unser Wort Diebstahl nämlich, wenn jemand eine schon vor detinirte Sache sich diebisch anmaßt, oder wenn er dieselbe arglistig an einen andern veräußert.

§. 6. J. (4, 1.)
L. 36. pr. §. 1. de usurpat. (41, 3.)

§. 1010.

Ad voc. Rechtlich möglich.

Diesen Ausdruck hat

Kori (von der Verjährung §. 42. Not. 166. u. §. 44.)

nicht zugeben wollen, weil die Verjährung auch nicht statt finde, wenn der Berechtigte faktischer Hindernisse wegen sein Recht nicht verfolgen könne, womit er denn auch zu der auf-

fallenden Behauptung gekommen ist, daß es überhaupt gegen Rasende keine Verjährung gebe, und daß sie auch dann nie Statt finde, wenn die Person, welche verjähren wolle, einen nicht in die Augen fallenden Besitz ausgeübt habe. Allein er irrt hier offenbar. Denn bloße faktische Hindernisse stehen an sich der Verjährung nicht entgegen, sondern haben nach §. 1033. 1034 nach Umständen höchstens die Folge, daß deßwegen **restitutio in integrum** gesucht werden kann. Diese **restitutio** ist aber der sicherste Beweis, daß die Verjährung vollendet ist, indem ja das Edikt keiner Person hilft, welche schon an sich vermöge des **juris comunis** gedeckt ist. Den Satz des **Comp.** mußten aber die Gesetze aufstellen, weil es die höchste Unschicklichkeit wäre, wenn man demjenigen, welcher juristisch nach dem Gesetz nicht klagen darf — **agere non valenti** — hinterher doch drohend sagen wollte, wenn er nicht klage, so soll er **in poenam negligentiae** sein Recht verlieren. Vom heimlichen Besitz reden die Gesetze auch gar nicht als von einer besonderen Sache, für die man noch eine Ausnahme zulassen müsse, wiewohl es sich freilich nach §. 1008 von selbst versteht, daß der, welcher **in conscientia rei alienae** den Besitz verheimlicht hat, nun der **mala fides** wegen nicht verjähren kann. Sollte übrigens für ein Recht gar kein Rechtssubjekt existiren, so ist nun freilich auch eine rechtliche Unmöglichkeit der Rechtsverfolgung vorhanden und dann läuft freilich die Verjährung nicht. Nach

Cap. 16. X. de praescriptionibus (2, 26.)

gehören hieher auch alle bischöflichen Rechte für die Zeit, daß der bischöfliche Stuhl unbesetzt ist.

Ad. voc. Als keine Gerichte ꝛc.

Dieser Satz, welcher immer angenommen war, versteht sich wieder nach der Regel **agere non volenti non currit praescriptio** ganz von selbst, weil das Klagen eine juristische Unmöglichkeit ist, wo keine Gerichte existiren. Manche unserer Juristen sind nun noch weiter gegangen, indem sie behaup-

teten, es laufe überhaupt, während einer Kriegszeit, gar keine Verjährung und zwar wegen

Can. 13. causa 16. quaestio 3 und
Cap. 10. X. de praescriptionibus (2, 26.)

so wie wegen des Reichsabschiedes vom Jahr 1654, §. 172. Allein widernatürlich ist diese Idee an sich, da sehr häufig in Kriegszeiten die Gerichte ihren ordentlichen Fortgang haben. Jene Decretalen reden auch gar nicht von Kriegszeiten überhaupt, sondern nur von Ländern, welche der Feind okkupirt hat, wo dann leichter ein Gerichtsstillstand erfolgt, und dann machen sie auch noch dazu bloß zum Besten der Kirche eine Ausnahme. Jenes Reichsgesetz ist aber bloß eine lex transitoria für die Zeit des 30jährigen Krieges, wo freilich das Schreckliche von allen Seiten so groß war, daß damals fast alle Gerichte als gesprengt angesehen werden konnten. Es ist dieß Alles jetzt von

Marezoll in Linde Zeitschrift 7. Bd. 2. Hft. Nro. 8.

sehr gut auseinander gesetzt.

Ad voc. Dotalsachen.

Ueber die Verjährbarkeit der Dotalsachen ist bis auf die letzte Zeit gestritten und mehrfach bloß deßwegen, weil man hier einen Anachronismus beging und das ältere Recht einmischt, welches zu Justinians eigenen Verordnungen nicht mehr paßt. Früher war nämlich der fundus dotalis im Ganzen verjährbar, wenn die Verjährung vor der Ehe angefangen hatte.

L. 5. 6. 16. (23, 5.)

Allein in

L. 30. C. de jure dotium (5, 12.)

hat Justinian die allgemeine Vorschrift aufgestellt, während der Ehe soll es der Frau verboten seyn, ihre Dotalsachen zu vindiciren; sofern nicht der Mann insolvent werde. Damit fällt sie nun in der Regel unter den Satz: agere non volenti non currit praescriptio, und so muß man denn jetzt

den Satz aufstellen, daß gegen die Frau, so lange ihr das jus vindicandi fehlt, gar keine Verjährung laufen kann, aus welchem Grunde auch Pupillengüter und res adventitiae der Hausſöhne während der Gewalt aller Verjährung entzogen ſind. Materiell iſt dieß nun auch von

Buchholz not. t. cit.

zugegeben, doch behauptet er, man ſolle hier nicht von Unverjährbarkeit der Dotalſachen reden, ſondern von einem Unwirkſamſeyn der Verjährung, wobei denn offenbar alles auf einen Wortſtreit hinausläuft. Darin hat aber Buchholz gewiß recht, wenn er behauptet, daß jene Unverjährbarkeit nur auf den Fall gehen kann, wenn die dos von der Art iſt, daß ſie an die Frau ſelbſt zurückfällt, nicht aber auf den Fall einer dos receptitia, deren Rückgabe der dritte Geber verlangen kann, weil dieſem die Ehe nicht entgegen ſteht, um ſeine Rechte an der Sache zu ſchützen. Darüber muß man aber doch Buchholz widerſprechen, wenn er behauptet, jene Unverjährbarkeit nütze nur der Frau, aber nicht ihren Erben. Freilich nennen hier die Geſetze die Erben nicht beſonders, aber ſie thun es faſt nirgends, und mit Recht, weil es ja ein ausgemachter Grundſatz iſt, daß alle Rechte des Erblaſſers im Zweifel auch deſſen Erben zuſtehen.

§. 1012.

Ad voc. Jetzt nichts mehr darauf ankommt.

Vor Juſtinian fanden viele Unterſchiede zwiſchen der alten usucapio und der neueren praescriptio ſtatt, welche endlich Juſtinian durch Verſchmelzung beider Inſtitute vernichtete. Ueber das Weſentliche bemerke man dieß:

1) Die usucapio gründete ſich in den 12 Tafeln, die praescriptio aber in den Edikten der Magiſtrate. Jene ertheilte das dominium quiritarium mit einer vindicatio directa — §. 698. — dieſe hingegen ertheilte anfangs dem Beſitzer nur eine Einrede, wie ſchon der

Name zeigt. Denn die exceptiones wurden auch praescriptiones genannt, weil der praetor dem judex vorschrieb — praescribebat — auch auf die Einreden des Beklagten Rücksicht zu nehmen. Indeß hatte natürlich der, welcher bona fide und justo titulo besaß, auch schon vor vollendeter praescriptio nach §. 717 die actio publiciana gegen infirmiori jure possidentes und nach vollendeter praescriptio eine vindicatio utilis gegen Jedermann, seitdem das spätere Recht für jeden dominus bonitarius eine solche Vindicatio zugelassen hatte.

L. 13. §. 1. de jure jurando (12, 2.)

2) Provinzialgrundstücke konnte man nicht usukapiren, wohl aber präscribiren.

3) Die usucapio lief gegen Pupillen und minores, nicht aber die mehr auf Billigkeit berechnete praescriptio.

4) Die usucapio war bei Mobilien in einem Jahr, bei Immobilien aber in 2 Jahren, die billige praescriptio aber nach Maßgabe der Gegenwart oder Abwesenheit erst in 10 und 20 Jahren vollendet.

5) Die kurze usucapio vernichtete nicht die auf der Sache haftenden Pfandrechte, wohl aber die praescriptio. Die obigen Unterschiede von Nro. 1 und 4 wurden nun aber durch Justinian, welcher überall das Gleichmäßige liebte, aufgehoben.

L. 5. C. in. quib. caus. (2, 41.)

L. unica Cod. de transformandis usucapionibus (7, 31.)

L. 12. C. de longi temporis praescriptione (7, 33.)

L. 1. C. de annali exeept. (7, 40.)

und der obige Unterschied unter Nro. 5 fiel von selbst durch die in §. 1023. a. E. erwähnte Vorschrift. Ueber einen andern, angeblich stattgefundenen und an-

geblich durch Justinian aufgehobenen Unterschied kann erst in der Folge das Nöthige gesagt werden.

§. 1013.

Ad voc. Ex titulo putativo.

Es läßt sich leicht denken, daß ein Besitzer gar keinen Titel hat, und doch **ex errore excusabili** die Existenz eines solchen annimmt, z. B. wenn sein Bevollmächtigter, den er zum Kauf einer Sache beauftragt hatte, ihm die Existenz des Kaufs vorlügt, oder wenn falsche erbschaftliche Papiere ihn täuschten. Ueber diesen Fall ist nun ein großer Streit geführt, weil nämlich die Gesetze oft zur **usucapio** und **praescriptio longi temporis** einen **justus titulus** verlangen, so wollen viele auf den sogenannten **titulus** gar kein Gewicht legen, wenigstens dann nicht, wenn Jemand nicht bloß über die Art des Titels irrt, sondern an die Existenz eines Erwerbstitels glaubt, wo überhaupt gar kein solcher existirte. Dieser Idee ist auch wieder beigetreten

Makeldey 10te Aufl. §. 261. not. f.

besonders weil in

§. 11. J. h. t. (2, 6.)
L. 4. C. de usucap. pro herede (7, 29.)
L. 4. C. de longi temporis praescriptione (7, 39.)

ganz allgemein die Existenz eines **tituli** gefordert werde, an welche Idee auch Theil nimmt

Schrader editio Institutionum ad §. 12. cit.

Allein offenbar ist in

L. 11. pro emtore (41, 4.)
L. 5. §. 1. pro suo (41, 10.)

für den Fall eines **error excusabilis** der **titulus putativus** dem **vino** gleichgesetzt, und darnach muß man hier wie überall die Regel beschränken, welches in Beziehung auf das römische Recht um so leichter ist, da die römischen Juristen nie s. g.

verschränkte Definitionen aufstellen, sondern erst immer nach dem gewöhnlichen die Regel, der sie dann hinterher die nöthigen kleinen Limitationen als exceptio folgen lassen.

Ad voc. Titulus pro herede.

Ueber den Titulus pro herede hat man bisher vielfach gestritten, wie man sehen kann aus den Schriften in

Not. l.

zu denen noch hinzugekommen ist

Fritz Erläuterungen 2tes Heft, S. 330—337.

Man könnte hier praktisch vielfach Alles umgehen, wenn es wahr wäre, was

Jason ad institutiones lib. 4. tit. 6. §. 3.

behauptet hat, nämlich, daß der **titulus pro herede** nach

titulus pandectarum pro herede (41, 5.)

zwar noch zugelassen, aber durch

L. 14. Cod. eodem (7, 29.)

gänzlich kassirt sey. Allein diese Constitutionen sind keine **edicta generalia**, sondern nur unbestimmte Reskripte, wobei man den entschiedenen Fall nicht sieht, und da muß man denn nach bekannten Interpretationsregeln sagen, daß diese Reskripte bloß auf Fälle zu beziehen sind, für welche sie nach den übrigen klaren Gesetzen wahr seyn können. Daneben kann es denn auch keinen Zweifel leiden, daß nach Einführung der **praescriptio longissimi temporis**, welche von keinem **justus titulus** abhängig ist. — §. 1016. — Der fremde Besitzer einer Erbschaft oder erbschaftlichen Sachen nicht weiter belangt werden kann, wenn er die Erfordernisse jener neuen Verjährung für sich hat. Unsere jetzigen Erörterungen können hier also nur auf die alte kurze Verjährung gehen, wozu ein **justus titulus** gehört. Und da muß man denn, wenn man alles erschöpfen und recht stellen will, folgende Fragen und Fälle unterscheiden.

I. Ist die Erbschaft oder sind die einzelnen zu ihr gehörigen Sachen der Verjährung eines dritten Nichterben unter-

worfen, entweder wenn er putativ als Erbe beſitzt oder die Erbſchaftsſachen titulo singulari von einem Dritten erworben hat? Nach den klaſſiſchen Belegſtellen in

Not. m.

muß man dieß leugnen, und wer recht ſchließen kann, bedarf nicht einmal dieſer Belegſtellen. Denn eine Erbſchaft iſt ein unkörperliches, unzertrennliches Ganzes

L. 3. pr. de B. P. (37, 1.)
L. 208. de V. S. (50, 16.)

Alſo müſſen auch ihre Theile als incorporalia behandelt werden. Die usucapio geht aber nicht auf corporalia. Freilich behandelte man früher nach der Erzählung des

Gajus II. 52—58.

die Erbſchaft als etwas, was unter den Worten der 12 Tafeln: ceterarum rerum annus esto falle; allein da dieſe Worte im Grunde nur auf corporalia gerichtet waren, ſo ward ſpäter jene Idee verworfen. Da indeß die Erbſchaftsgläubiger und Prieſter ſehr bei der ſchnellen Erbantretung intereſſirt waren, ſo ward, um den Erben dazu durch Eigennutz zu bewegen, der Satz angenommen, alle einzelnen körperlichen Erbſchaftsſachen konnten von jedem Dritten, ſelbſt wenn er in mala fide ſey durch einjährigen Beſitz erworben werden. Hadrian verwarf aber nach Gajus dieſe an ſich ganz ruchloſe usucapio und ließ ſie nur noch, man weiß nicht warum, gegen heres necessarios fortgelten, welches Letzte ſpäter aber auch verſchwand.

L. 2. C. h. t. (7, 29.)

Gehört übrigens eine zwar früher faktiſch in der Erbmaſſe befindlich geweſene Sache überhaupt nicht zur Erbſchaft, ſo gilt ſie natürlich gar nicht als res hereditaria

L. 19. pr. de petitione hereditatis (5, 3.)

und ſteht ſo unter den gewöhnlichen Prinzipien. Beſitzt ſie alſo ein Nichterbe in dem Glauben, ſie ſey res hereditaria und die Erbſchaft gehöre ihm, ſo kann von ſeiner Seite nach den in der vorigen Anmerkung entwickelten Grundſätzen aller-

dings eine usucapio pro herede ex causa putativa Statt finden.

II. Kann der Erbe eine Sache, welche der Erblasser in conditione usucapiendi besaß, durch fortgesetzten Besitz pro herede usukapiren? Hier muß man nun auf allen Fall die Vollendung der Verjährung durch den Erben zugeben. Bloß über den Namen kann hier Streit statt finden, nämlich ob man dieß usucapio pro herede nennen soll, wie es

L. 3. §. 4. de acq. P. (41, 2.)

gethan hat, oder ob man ihr nicht vielmehr mit

L. 19. §. 1. de petitione hereditatis (5, 3.)

den Namen geben soll, den sie bei dem Erblasser selbst hatte, also z. B. usucapio pro emtore, wenn der Erblasser selbst ex causa emti besessen hatte? Weil der Erbe mit dem Erblasser als Einheit gilt, so ist die letzte Ansicht konsequenter, aber aus den obigen Gründen reducirt sich hier Alles am Ende doch auf einen Wortstreit.

III. Wenn der Erblasser kein conditio usucapiendi hatte, in der Person des Erben aber alle Bedingungen eines titulus putativus existiren, findet dann eine usucapio pro herede statt? Darüber kann kein Zweifel seyn, daß ihm die mala fides des Erblassers schadet.

§. 1008. not. a.

Allein wenn von Seiten des Erblassers dieser Fehler nicht statt fand? Auch hier wollen Viele wegen einer unitas personae alle Verjährung des Erben verwerfen, besonders da in

L. 11. de diversis temporibus praescriptis (44, 3.)
L. 4. C. h. t. (7, 29.)

absolut gesagt sey, der Erbe usukapire nicht, wenn der Erblasser keine conditio usucapiendi gehabt habe. Allein in

L. 3. h. t. (41, 5.)

ist ja gerade für den Fall eines titulus putativus eine Ausnahme gemacht, welche nach der vorigen Anmerkung konsequent war, und sich mit den Begriffen über die unitas personae wohl vereinigen läßt, weil aus dieser unitas nicht folgt, daß

der Erbe nicht unter Umständen etwas Neues anfangen kann, was bei seinem Erblasser noch nicht statt fand.

Ad voc. Ohne Schätzung einer Sache.

Diese Sätze haben folgenden Grund. Die dos aestimata gilt im Zweifel als dos vendita — §. 340. — welche der Mann ganz als das Seinige, mithin nicht als dos auf Rechnung der Frau besitzt. Nun aber ist die Eingehung der Ehe sine qua non, damit der Mann Dotalvortheile genießen könne. Also ist bis dahin jene dos als sub conditione vendita zu behandeln. Pendente conditione findet aber nach §. 1010 gar keine Verjährung statt. Die dos non aestimata besitzt dagegen der Mann im Grunde auf Rechnung der Frau — §. 341. — und dieß kann auch der Bräutigam thun. Allein vor der Ehe kann er doch nichts als dos besitzen, mithin muß man bis dahin seinen Verjährungstitel nur mit dem unbestimmten pro suo bezeichnen.

§. 1014.

Ad voc. Güter der Städte, unbewegliche Sachen der Kirchen.

Die Sätze des Comp. über Sachen der Städte, Kirchen und milden Stiftungen müssen in dem folgenden vereinigt werden, indem zuerst die Sachen der Kirchen und milden Stiftungen hervorzuheben sind. Damit verhält es sich nun so: Wenn auch die den überirdischen Wesen geweihten, juristisch dieser Welt nicht angehörenden Sachen stets aller Verjährung entzogen waren und bleiben — §. 1009. — so wissen wir doch nichts davon, daß die bloßen Kirchensachen vor Justinian in Betreff der Verjährung besonderen Gesetzen unterworfen waren. Dieß hat denn nun, wie

Procop. Anecdota Nro. 519—527.

erzählt, der gierigen Kirche zu Ephesus bei Gelegenheit einer großen ihr angefallenen Erbschaft geschadet, und so ließ sich Justinian durch Bestechung bewegen in

L. 23. C. de sacrosanctis ecclesiis (1, 2.)

zu verordnen, alle orientalischen Kirchen und milden Stiftungen sollten in Ansehung der von ihnen bisher noch nicht besessenen, sondern ihnen nur zum Erwerb deferirten Sachen das Vorrecht der 100 jährigen **praescriptio** genießen. Um die Bestechung noch mehr zu verdecken, ward jenes Vorrecht zugleich den orientalischen Städten ertheilt, während es früher in Ansehung der Städte Regel war, daß gegen sie zwar nicht die **usucapio**, wohl aber die **praescriptio longi temporis** laufe.

Pauli sententiae lib. V. t. 2. §. 4.
L. 9. de usurpat. (41, 3.)
L. 15. §. 27. de damno infecto (39, 2.)

Jenes Vorrecht der 100 jährigen **praescriptio** ward denn auch in

Nov. 9,

der occidentalischen Kirchen und milden Stiftungen mitgetheilt, aber nicht den dortigen Städten. Allein in

Nov. 111. 131. cap. 6.

welche an den **praefectus Praet. Orientis** gerichtet sind, ward den Kirchen und milden Stiftungen jene 100 jährige **praescriptio** wieder genommen, ihnen aber dafür in Betreff aller Immobilien die 40 jährige Präscription gestattet. Von einer Zurücknahme der

L. 23. cit.

in Betreff der **civitatum** ist in diesen obenerwähnten Novellen nicht namentlich die Rede, auch existirt keine Novelle, in welcher den occidentalischen Kirchen das ihnen durch

Nov. 9. cit.

gegebene Vorrecht wieder genommen ist. Danach sind nun unter den Auslegern diese Zweifel entstanden:

1) Bleibt es für die occidentalischen Kirchen bei dem ihnen durch **Nov. 9. cit.** gegebenen Vorrechte, weil es nicht widerrufen ist? Man muß dieß praktisch auf allen Fall verneinen. Denn die Päpste haben selbst, mit Aus-

nahme des römischen Stuhls — gegen den sie überhaupt nur eine **praescriptio** von 100 Jahren gelten ließen — die bloße 40jährige **praescriptio** gegen Kirchen als ausgemacht anerkannt, woraus auch die

Authentica quas actiones C. de sacro sanctis ecclesiis (1, 2.)

entstand. Daher kann man leicht annehmen, daß Justinian an sich nur an der **Praef. praet. Orientis** gerichtete Novelle, wie es in der Regel immer geschah und geschehen mußte, auch im Occident publiciren ließ.

2) Behalten unsere **Civitates** das ihnen durch

L. 2. 3. C. cit.

gegebene Vorrecht, da es in

Nov. 111.

den **civitatibus** nicht namentlich genommen ist? Man muß diese Frage offenbar verneinen, aus dem einfachen Grunde, weil in **Nov. 111** durch die Worte: **salva circa alias personas**, die **civitates** offenbar mit getroffen werden. Man muß mithin sagen: die Städte stehen wieder wie früher unter den Prinzipien der **praescriptio longi temporis** und kein Gesetz ist dafür, daß Sachen der **civitatum** den Sachen des Staats gleich stehen sollen, wie es die Praxis oft annahm. Da nun Justinian für Immobilien den Termin von 10—20 Jahren in Betreff der Immobilien gelassen hat, für Mobilien aber die **praescriptio longi temporis** auf 3 Jahre setzte, ohne hier die **civitates** auszunehmen, so gilt nun für die letzten in aller Hinsicht das gemeine Recht. Zwar will jetzt

Schilling Bemerkungen über die römische Rechtsgeschichte S. 400—403.

für Städte den Termin absolut auf 20 Jahre setzen, und zwar wegen der Worte **viginti annorum** in

Pauli sententiae l. V. tit. 2. §. 4.

Allein vergleicht man hier das Wort **etiam** mit dem

Inhalt des vorhergehenden §. 3, so sagt Paulus offenbar nur: Gegen civitates gilt die praescriptio longi temporis, welche auf 20 Jahre — nämlich inter absentes gehen kann. So haben auch die Westgothen in ihrer interpretatio diese Stelle verstanden.

Ad voc. Sachen der Minderjährigen, nicht aber der Pupillen.

Es giebt Mehre, welche mit Contius behaupten, daß gegen Pupillen die 40jährige praescriptio laufe, und zwar wegen der allgemeinen Regel in

L. 4. C. de praescript. 30 annorum (7, 39.)

Allein schon nach der Vernunft muß man behaupten, daß gegen Pupillen durchaus keine Verjährung statt finde, weil der impubes nach der Anmerkung zu §. 434 durchaus keine venia agendi hat, also unter die Regel fällt, agere non volenti non currit praescriptio. — §. 1010. — Dieß sagt nun auch bestimmt **L. 3. C. eod.**, welche keineswegs durch **L. 4. C. eod.** aufgehoben wird. Denn das letzte Gesetz will ja im Zweifel entscheiden. Also nicht das, was eben vorher in Betreff der Pupillen durch

l. 3. pr. §. 1. 6.
Nov. 22. c. 24.

In Ansehung der minorum verhält sich die Sache anders. Denn nach §. 434 habe sie veniam agendi, also könne der Ungelehrte keine Unverjährbarkeit für sie ableiten, obgleich sie wohl ihres Alters wegen mehr Schonung verdienen als Majores. Denn in

L. 3. C. quibus nec. oblicitur (7, 35.)

sind die minores von der praescript. longi temporis und der kürzern Verjährung ganz ausgenommen; aber nach

l. 3. C. de praescrip. 30. annorum. (7, 39.)

Doch die praescriptio longiss. temp. unbedingt gegen sie lauten. Zwar behauptet

Makeldey 10. Aufl. §. 259.

die Sachen der Minorum seyen ganz unverjährbar wie die der Pupillen, und er vertheidigt sich gegen das, was Thibaut im Compendium in den obigen Gründen gegen ihn erinnert hatte, mit der Bemerkung: Es sey ja in

l. 3. C. cit.

nicht von der Ersitzung, sondern von der Verjährung der Klagen die Rede. Allein die praescriptio longissimi temporis dinglicher Klagen führt noch zur Ersitzung (§. 1016) und wenn es eine praescriptio longissimi temporis gegen Minores giebt, welche doch gewiß gegen Pupillares nicht statt findet, kann man dann beide gleichstellen. Auch müsse verworfen werden, wenn

Unterholzner 1. Bd. S. 131. 138. 161.

welcher hier im Ganzen die Theorie des Comp. billigt, die Einschränkung macht, es laufe der Minoribus keine Verjährung in Betreff ihrer Illegal ohne ein Dekret veräußerter Sachen. Es müßte dieser freilich sagen, weil er die Regel vertheidigt, es laufe überhaupt keine Verjährung, wenn eine Sache ohne ein gesetzliches Verbot veräußert sey. Allein er hat aus den Gesetzen auch nicht ein Wort zur Rechtfertigung einer solchen Regel beibringen können.

Ist übrigens der Minor majorenn geworden, so kann er von nun an unter die gewöhnlichen Prinzipien gestellt werden. Ist also z. B. eine Mobilie desselben während seiner Minorität an B veräußert, so kann sie nun nach eingetretener Majorität binnen drei Jahren verjähren.

Höpfner §. 402.

Ad voc. Durch Testamente oder Gesetze untersagt ist.

In

l. 2. C. (7, 26.)

ist gesagt, die usucapio falle weg, wenn die tutores Sklaven gegen einen testamentarischen Befehl des Vaters des Mündels veräußert hätten. Ueber dieß Gesetz ist nun viel gezweifelt.

Einige wollen es auf alle Sachen und auf alle testamentarische und gesetzliche Veräußerungsverbote beziehen. Andere bestreiten jene Ausdehnung und wollen das Gesetz nur auf Sklaven beziehen. Neuerlich ist sogar von

Kori §. 71

behauptet, weil es eine Veräußerung **contra legem**, wo ein **titulus** fehle, so gebe es hier gar keine Verjährung, und ohngefähr so denkt auch

Unterholzner 1. Bd. S. 131. 138.

Allein kein Gesetz stellt eine solche Regel auf. Auch gehört ja zur **praescriptio longissimi temporis** gar kein **titulus**. Erwägt man, daß die wissentliche eigenmächtige Veräußerung einer fremden Sache als **furtum** gilt,

l. 3. §. 3. C. de legatis. (6, 43.)

l. 1. C. de usucap. pro emtore. (7, 26.)

l. 2. C. de usucap. pro donato. (7, 27.)

daß ferner **res furtivae** nicht usukapirt werden können, und daß ein **tutor** doch in der Regel das seinen Mündel betreffende väterliche Testament kennen wird und muß, so kommt alles am natürlichsten heraus, wenn man sagt, wie es auch die **not. b.** andeutet, jenes streitige Gesetz enthält nur eine Anwendung der Regel, daß **res fungibiles** im weitern römischen Sinn der Verjährung von 10 und 20 Jahren nicht unterworfen sind.

Ad voc. Die vom Vater veräußerte Adventitien.

Recht gut hat jetzt

Fritz Erläuterungen 2. Heft S. 326.

bemerkt, daß dieser bisher immer angenommene Satz in **Nov. 22. c. 24.** nicht so allgemein stehe, sondern daß darin bloß die Rede ist von Liberalitäten, deren Proprietät die Eltern nach §. 286 durch Eingehung der zweiten Ehe zum Vortheil der Kinder erwerben, wo denn das, was das Comp. sagt, gelten soll, wenn jene Sachen der durch den Verlust der Proprietät gestrafte **parens** veräußert.

§. 1016.

Ad voc. Ist die Sache zu der Verjährung in der kurzen Zeit unfähig.

Ueber die **praescriptio longissimi temporis** ist hier noch zu bemerken:

1) Wenn die in §. 1005—1010 angegebenen Erfordernisse jeder Verjährung nicht existiren, so wird die Sache gar nicht verjährt, also auch wenn sie zu denen gehört, die nach §. 1009 aller Verjährung entzogen sind.
2) Ist eine Verjährbarkeit vorhanden, so tritt in der Regel die **praescriptio longi temporis** ein, jedoch hat diese die zwei Hauptrequisite:
   A. daß der Besitzer nach §. 1013 ein **justus titulus** habe, und
   B. daß die Sache nicht zu denen gehöre, die nach §. 1014 nicht in kurzer Zeit verjährt werden können.
3) Sind die Erfordernisse aller Verjährung vorhanden, aber fehlen die der **praescriptio longi temporis**, so tritt die **praescriptio longissimi temporis** ein, wozu in der Regel 30 Jahre gehören. Sie findet mithin statt:
   A. Wenn dem Besitzer ein **justus titulus** fehlt. Manche meinen zwar, es sey hier nur das eigene, daß der **justus titulus** präsumirt werde, wogegen aber dennoch ein Gegenbeweis statt finde, während

Kori §. 71. 92.

auch zu dieser Verjährung den Beweis des **justi tituli** fordert. Für beide Ideen beruft man sich auf

C. 17. X. de praescript. (2, 26.)

C. 1. de praescript. in Sexto. (2, 13.)

aber verkehrt. Denn es ist hier ja nur von dem besonderen Falle die Rede, wenn dem gemeinen Recht zuwider etwa gegen Kirchen verjährt werden soll.

   B. Wenn die Sache zu denen gehört, welche nach §. 1014 der kurzen Verjährung entgegen sind;

für diese gilt nun in der Regel der Termin von 30 Jahren. Doch sind, wie im §. 1016 bemerkt ist, für einige Fälle 40 oder 1000 Jahre gesetzt.

Uebrigens war anfangs die durch die späteren Kosten eingeführte longissimi temporis eine bloße extinctive Klagenverjährung, d. h. der Besitzer bekam gegen die Vindicatio seiner Gegner eine Einrede, hatte aber keineswegs auch von seiner Seite eine Vindicatio, wenn er den Besitz der Sache verlor. Allein mit Recht hat man dieses bisher geleugnet, weil Justinian aufs bestimmteste dem bonae fidei possessor in

l. 8. C. de longi temp. praescrip. (4, 39.)
l. 14. C. de fundo patrimoniali. (11, 61.)
Nov. 22. cap. 24.

positiv eine vindicatio ertheilt hat.

§. 1017.

Ad voc. Auch Servituten.

Unsere Praxis hat immer angenommen, eine Servitut werde nach Maßgabe der Gegenwart und Abwesenheit in 10 und 20 Jahren verjährt, wenn der Servituteninhaber nicht fehlerhaft besitze und die Sache nicht an sich nach §. 1014 der kurzen Verjährung entgegen sey; sonst aber werde die Servitut erst durch praescriptio longissimi temporis verjährt; gegen diese Theorie hat indeß

Zimmern not. m.

auszuführen gesucht: Es findet zwar auch eine erwerbende Verjährung der Servituten statt, aber der Termin sey dem arbitrio judicis zu überlassen. Allein kein Gesetz ist für eine solche bodenlose Willkühr und für jene 10 und 20 Jahre sind bestimmt

l. 12. C. de l. t. pr. (7, 33.)
l. 2. 6. (3, 34.)

wie dieser die Verjährung des C. in dem not. m. citirten

Archiv gegen Zimmern ausgeführt hat, wider den sich noch

Fritz S. 81—85

erklärt hat.

Folgende Punkte sind hier noch besonders zu erwägen:

1) Weil die Gesetze sagen: Servituten würden longo tempore erworben, so behauptet

Glück 9. Bd. S. 45

sie würden stets in 30 Jahren erworben. Dieß ist aber gewiß verkehrt. Denn in dieser Lehre und namentlich auch in Beziehung auf Servituten werde durch longum tempus respektive 10 und 20 Jahre bezeichnet, je nachdem die Partheien praesentes oder absentes sind.

l. 11. 12. C. de long. temp. praescr. (7, 33.)

l. 8. C. de praescr. triginta annor. (7, 39.)

2) Die Behauptung Mancher, daß servitutes discontinuae (§. 750) erst in unvordenklicher Zeit (§. 1035) verjährt werden könnten, hat kein Gesetz für sich.

Klein Rechtssprüche 4. Bd. Nr. 22.

3) Viele verlangen zur praescriptio longi temp. der Servitut ein justus titulus des Quasibesitzers. Allein folgende drei Gesetze verlangen, daß er nec vi, nec clam, nec praecario besitze,

l. 10. pr. si servitus vindicatur. (8, 5.)

l. 1. §. ult. de aqua. (39, 1.)

l. 1. C. de servitutibus. (3, 34.)

jedoch mit der schon in der Anmerkung zu §. 1006 erklärten Nebenbestimmung, daß hier aus der Nichtbefolgung eine Protestation des vi possidere gefolgert wird.

Dennoch behauptet jetzt

Büchel im Archiv für civil. Praxis 13. Bd. 3. Heft Nr. 19.

schon nach römischem Recht gehöre bona fides zur kurzen Servitutenverjährung und daneben noch ein justus titulus, weil bei der Erforderniß ein justo possessio sey, weil die citirten drei Gesetze nicht alle Requisite aufzählen, weil in

l. 1. §. 19. de aqua (43, 20.)

die bona gefordert wird und endlich weil Justin. in l. 12. in fine C. de longi temp. praescr. (7, 33.) ein bonum initium der Servitutenbesitzer fordere. Allein jene drei Gesetze, welche die Requisite aufzählen, verlangen keinen justus titulus, und man muß ihnen, wenn man es mit Büchel halten will, den empfindlichen Vorwurf machen, daß sie dreimal das Beste vergessen haben. Die

l. 1. §. 9. 10. cit.

spricht aber bloß vom Besitz oder interdicta, wozu kein longum tempus gehört, und wozu man deßwegen auf der andern Seite auch mehr fordern könnte. Das bono initio in

l. 12. C.

ist aber völlig unbestimmt, und wahrscheinlich wählte Justinian gerade diese Unbestimmtheit, weil bei der Eigenthums- und Servituten-Verjährung das bonum verschieden ist.

4) Fehler werden nicht vermuthet, so wenig als Beschränkungen, folglich gehört das vi clam, praecario zum Gegenbeweise,

Unterholzner 2. Bd. S. 189—191.

daß der Quasibesitzer die Oeffentlichkeit seines Besitzes darthun müsse, behauptet zwar

Hasse not. m. cit.

aber durchaus ohne Gesetz.

5) Bisher nahm man an, wenn dem Servitutenbesitzer die Erfordernisse der kurzen Verjährung fehlten, z. B. wegen Inhabilitas rei (§. 1014.), so trete wie bei dem Eigenthum doch wegen der allgemeinen Grundsätze über praescriptio longissimi temporis der Klage (§. 1016. 1019) die 30, 40 und 100jährige Präscription der Servituten ein. Dieses leugnet aber

Bessel S. 424.

weil man die Worte jus postuletur in

l. 3. C. de praescriptione triginta annorum (7, 39.) auf die bloße actio negatoria nicht beziehen kann. Allein wenn man dieses Gesetz ganz liest, und auf eben diese Art das ihm folgende Gesetz, so ergiebt sich klar, daß dennoch ohne Ausnahme für alle actiones perpetuas die praescriptio longissimi temporis eintreten soll.

§. 1018.

Ad voc. Die Superficies und Emphytheusis.

Da wir über die Verjährung der Superficies und Emphytheusis kein besonderes Gesetz haben, so könnte man zufolge des Prinzips in §. 1005 mit

Unterholzner 2. Bd. S. 242—260

sagen: Beide werden in 10 und 20 Jahren gar nicht verjährt und fallen so höchstens unter die Prinzipien der allgemeinen praescriptio longiss. temp. an welcher Idee wieder

Puchelt civilrechtl. Erörterungen Nr. III. S. 52—55

und

Fritz Erläuterungen 2. Heft S. 402—404

Theil genommen haben. Allein die Praxis hat stets das Gegentheil angenommen, doch stritten die Praktiker wohl darüber, ob man darauf die Grundsätze der praescriptio longi temporis des Eigenthums und der Servituten anzuwenden habe. Die Bejahung des Letzten ist das consequenteste, weil beide Institute nach der Anmerkung zu §. 698 kein domiuium, sondern nur ein jus in re alieno und insofern bloß umfassende Servitut enthalten. Manche verlangen stets einen Ablauf von 40 Jahren zur Präscription der Emphyteusis und zwar wegen

l. 14. C. de fundo patrimoniali (11, 61.)

Allein dieß Gesetz spricht ja von der erwerbenden Verjährung des Eigentuhms des Staatsgutes, wozu freilich immer 40 Jahre gehören. Eben so verkehrt ist es, wenn

Mevius pars III. desiss. 289.

die Emphyteusis für ganz unverjährbar erklärt, weil zur Errichtung derselben ein schriftlicher Contract gehöre. Denn dieser Satz geht nach §. 779 nur auf den Fall, wenn durch einen Contract eine Emphyteusis erworben werden soll. Die Verjährung ist aber gerade dazu bestimmt, den Mangel vollgültiger Contracte und anderer Erwerbungsarten durch den langen Besitz zu ergänzen.

Leyser specim. 459. med. 5.

Ad voc. Pfandrecht.

Ein pignus usucapium kommt gewiß nirgend vor, wenn man nicht mit

Tiblot I. Bd. S. 439.

dessen sic volo sic jubeo als ein Gesetz nehmen will. Daher sind denn auch viele unserer Juristen geneigt gewesen, jede Verjährung eines Pfandrechts zu leugnen, in welcher Beziehung sich denn auch die juristische Eleganz noch künstlichere Construction erlaubt hat.

Unterholzner 2. Bd. S. 274—288.

Puchelt C. R. E. Nr. 2. S. 51.

Die Theorie des Comp., der auch

Glück 18. Bd. S. 195—197

beigetreten ist, folgt aber von den beiden Sätzen, daß ohne Gesetz keine Verjährung des Pfandrechts angenommen werden kann, also eben deßwegen auch keine praescriptio longi temporis derselben, daß aber in der Regel nach §. 1019 alle Klagrechte in 30 Jahren verloren gehen.

§. 1019.

Ad voc. Das ganze Recht.

Dieser Satz ist sehr bestritten, worüber

Mackeldey §. 1099

treu referirt hat. Die Sache ist nun im Wesentlichen so: Eine große Parthei behauptet, die Vernichtung einer Klage vernichte hier nur die Klage, aber nicht das ganze Recht, mit-

hin auch nicht die daraus entspringende **Exceptio**, also könne auch nach Verjährung der Klage der Berechtigte noch immer die **exceptio** vorschützen, wenn er durch eine compensable Gegenforderung Gelegenheit dazu erhalte. In Betreff der **praescript. longissimi temp.** muß man dieses auf allen Fall leugnen, weil in Ansehung ihrer bestimmt gesagt ist, die Schulden sollen dadurch ganz frei werden, es solle dieß Recht verloren seyn, und der Berechtigte solle nun ganz darüber schweigen, wie die drei letzten Gesetze in **not. y.** klar beweisen. In Betreff der **Temporal Praescriptio**, d. h. der unter 20 Jahren kann man freilich sagen, daß bei ihnen nicht die *eine* **ratio** eintritt, die bloß für die **Praescript. longiss. temp.** gilt, nämlich, daß man zu alte Dinge nicht noch aufrühren soll. Daher auch manche angenommen haben, daß für diesen Fall die Verjährung der Klage noch nicht den Verlust der **exceptio** mit sich führe. Allein wenn jemand bei einem Rechte die **exceptio** auszuüben die Gründe hat, wegen der ihm eine **actio** gegeben ward, so wäre es Inconsequenz, wenn man ihm nach Verjährung der Klage noch eine **Exceptio ex eadem causa** geben wollte; daher wird auch in

l. 6. de Oet. A. (44, 1.)

für einen solchen Fall durch Eintritt der Klagenverjährung des **finis obligationis** angenommen, und ebenso in

l. 9. §. 4. de jure jurando. (12, 2.)

nach eingetretener Verjährungsfrist das Restitutions-Gesuch die **Exceptio restitutionis** verwerfe. Eine klare Nebenschwierigkeit, die noch in Betreff der **actio hypothecaria** statt findet, kann erst in der Anmerkung zu §. 1023 beseitigt werden. Für die richtige Hauptansicht ist auch

Puchelt civilrechtl. Erörterungen Nr. **III.** S. 127—133.

§. 1020.

Ad voc. Wiedereinlösungsrecht.

Das Gegentheil dieses gewöhnlich angenommenen Satzes ist von Manchen angenommen, weil ja der Verpfänder sofort

die actio pignoratitia auf Rückgabe habe, wenn er die Pfandschuld tilge, welches factum von seiner Willkühr abhänge. Mit allgemeinem Raisonnement ließe sich viel für diese Idee sagen. Allein man muß den Satz des Comp. doch annehmen, weil das Gesetz aufs bestimmteste sage, vor Bezahlung der Pfandschuld sey die actio pignoratitia auf Rückgabe der Sachen eine actio nondum nata;

l. 9. §. 3. 5. de pignoratitia actione (13, 1.)
l. 13. §. 4. de pignorib. (20, 1.)

und weil es ein ausgemachtes Prinzip ist, daß eine actio nondum nata durch Verjährung nicht verloren geht.

Ad voc. Sich zum Wiederkaufe erboten hat.

Diese hier im Comp. als die gewöhnlich eingeführte Meinung unterstützten die Anhänger derselben durch die Bemerkung, daß eine actio nondum nata unverjährbar sey (§. 110) und daß der Verkäufer keine Klage auf den bedungenen Wiederkauf habe, davon er sich zu derselben erbot. Allein man kann doch sehr gut mit andern sagen: auch ohne mora der Gegner kann jeder Berechtigte sein Recht gerichtlich verfolgen. Also ist mit der von der bloßen Willenserklärung des Berechtigten abhängige Möglichkeit der Klage, die Klage und ihre Verjährbarkeit begründet. Aus demselben Grunde muß man denn auch das leugnen, was schon

Linde Zeitschrift 8. Bd. 1. Hft. Nr. 1.

jetzt auch weitläufig zu vertheidigen gesucht hat, nämlich daß der Gläubiger, welcher ein Kapital auf Kündigung auslieh, erst vom Augenblick der Kündigung die 30jährige Präscription laufe.

Ad voc. Nur das Recht auf die einzelnen Gefälle.

Dieser Satz, worüber schon die Glossatoren heftig stritten, daß da, wo Jemand kein Hauptobjekt seines Rechts einklagen kann, sondern nur einzelne Gefälle, ein Klagrecht wegen des

Ganzen, also eine actio nata mit Verjährbarkeit wegen des Ganzen nur dann denkbar ist, wenn der Schuldner sich eine Befreiung in Ansehung des ganzen Rechts anmaßt, und nun der Berechtigte durch die ganze Verjährungszeit die Anmaßung nicht widerstreitet. Ohne diese allgemeine Gegenanmaßung kann also nur eine Verjährbarkeit in Rücksicht der einzelnen bisher nicht übertragenen Gefälle eintreten, sofern sie nämlich mehr als 30 Jahre rückständig sind. Bei Kapitalforderungen verhält sich freilich die Sache anders, weil hier in der Regel jeden Augenblick das Kapital aufgekündigt werden kann.

l. 8. §. 4. C. de praescript. 30 annorum (7, 39.)

Ist übrigens eine Kapitalforderung durch praescript. longiss. temporis erloschen, so können auch die rückständigen Zinsen selbst der letzten Jahre nicht eingeklagt werden, weil nach §. 177 die Klage wegen der Accession von selbst wegfällt, sobald die Hauptklage erloschen ist.

L. 26. pr. de usufr. (4, 32.)

§. 1022.

Ad voc. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Im römischen Recht finden sich viele Fristen, bei denen die Zeit unter Abrechnung der Hinderungstage utiliter berechnet war (§. 97) z. B. in der Regel bei allen prätorischen Anklagen und der bonorum possessio (§. 1029). Das Ausmitteln dessen, was abzurechnen ist, hat natürlich große Schwierigkeit, und so wäre es am besten gewesen, wenn Justinian alle tempora utilia in ein längeres tempus continuum verwandelt hätte. Allein wie es überall seine Weise war, da und dort mit einzelnen Correcturen hinzufahren, so verordnete er in

l. 7. C. de temp. in integr. restitut. (2, 53.)

bloß dieses: das in der Regel für die prätorischen Restitutionen gesetzte tempus annale utile soll in ein quadriennium continuum verwandelt werden, so daß in dieser Zeit noch der

Restitutionsprozeß zu beendigen ist. Von dem letzten ist natürlich jetzt kein weiterer Gebrauch mehr zu machen, weil wir von der römischen Prozeßfrist nichts wissen, allein das übrige ist praktisch und darüber ist hier noch dieses zu bemerken.

1) Weil Justinian in

l. 7. C. cit.

besonders von der restit. Minorum und ob absentiam redet, so wollen Manche seine Verordnung bloß auf diese Restitutionsworte beziehen; allein die ratio der Gesetze erfordert, daß man es auf alle prätorische Restitutionen bezieht, welche intra annum utilum gestattet würde, und dafür sind die erst ganz allgemeinen Worte: utilis anni in integrum restitutionis. Indeß hat sich

Schröter de temporibus in integrum restitutionem. Jena 1834.

dawider erklärt, besonders noch, weil von Justinian nur in jenen zwei Fällen der prätorischen Restitutionen ein annus utilis gesetzt sey. Allein man muß ihm das Letzte ganz ableugnen wegen

l. 1. §. 6. de eo per quem (2, 16.)

l. 10. pr. quae in fraudem credit (42, 8.)

2) Für die Fälle, wo sonst noch ein tempus utile galt, hat Justinian nichts geändert. Mehrfach hat man hier eine logische Ausdehnung vorgeschlagen, allein nach §. 51 ist sie bei korrektorischen Gesetzen unerlaubt.

3) Wo den Restitutionen von

l. 7. c. cit.

kürzere oder längere tempora continua gesetzt waren, wie es das Comp. angiebt, da bleibt es natürlich auch dabei, weil darin l. 7. C. cit. auf keinen Fall etwas ändert.

4) Weil das alte annus utilis ein tempus utile oratione initii et cursus war, und weil die

L. 7. C. cit.

sagt, das neue quadriennium continuum solle von dem Tage beginnen, von dem der annus utilis begonnen

habe, so behaupten Viele, jenes quadriennium sey auch noch jetzt ratione initii niu tempus utile. Allein man muß sich mit andern dawider erklären, theils weil diese Idee schlecht zu einem Zwecke der Gesetze paßt, theils weil dann ausdrücklich der erste Moment der 26 Jahre für Minores zum Anfangspunkt gemacht ist. Alles dieses hängt hier auch gut zusammen, denn der alte annus utilis hatte an sich seinen festen Anfangspunkt, fielen aber auf diesen Punkt und noch auf die folgende Zeit des Termins Hindernisse, so wurde die Hinderungszeit abgezogen. Sollten aber, wie

l. 7. C. cit.

sagt, die Hinderungszeiten gar nicht abgezogen werden, so wird damit die Frist absolut ein tempus continuum; daß dieses auch namentlich für die Kirche in der

Clementina I. de integr. restitut. (1, 11.)

verordnet sey, behauptet zwar

Vermehren not. f.

Allein vergleicht man mit jener unbestimmten Decretale die bestimmten,

c. 1. 2. de in integr. rest. in 6to. (1, 21.)

so muß man mit beiden behaupten, daß die Päbste in Betreff der Kirchen wirklich nur ein tempus continuum ratione cursus, aber nicht ratione initii angenommen haben.

§. 1023.

Ad voc. Wo sie auf prätorischem Recht beruht.

Dieser Satz des Comp. läßt sich gut rechtfertigen, denn, wenn auch die prätorischen Pönalklagen in der Regel ein Jahr dauern, so ist doch für alle ex lege civili entstehenden Klagen in der Regel der Termin auf 30 Jahre zu setzen, also auch diejenigen Injurienklagen, welche ex lege civili statt finden, z. B. ex lege Cornelia, wegen grober Realinjurien und

Vergewaltigungen. Vergebens hat man das Gesetz in not. i. dawider angeführt. Denn derselbe redet bloß von Verbalinjurien wegen deren **ex edicto Praetoris** geklagt werden kann. Man muß also auch die Klage auf Abbitte und Ehrenerklärung, welche erst durch das deutsche Recht eingeführt ward, für ein perpetua erklären, uud es ist ganz willkührlich, wenn sie

Unterholzner II. Bd. S. 374—377.

obgleich er in der Hauptsache richtig denkt, der prätorischen Pönalklage gleichsetzen will. Gegen Unterholzner hat sich erklärt

Kopp im Archiv 17. Bd. 2. Hft. Nr. 8.

aber in der ersten Hinsicht ist er gegen das Comp., indem er gegen Hermeneutische Regeln der Gesetze in not. i., obgleich es ein auf ein besonderes Faktum gerichtetes Rescript ist, als eine **Constitutio generalis** behandelt, welche die durch den Kaiser eingeführte neue Regel ausspreche, daß alle Injurienklagen nur ein Jahr dauern sollten, bei welcher Voraussetzung er dann auch das Jahr als ein **tempus continuum** behandelt, wobei nicht, wie sonst, bei den prätorischen Pönalklagen die Behinderungstage abgezogen werden dürften.

Ad voc. Also auch dann, wenn die Hauptschuld verjährt ist.

Die hier angegebenen Fristen der **actio hypothecaria** (§. 814) sind von Justinian in

L. 7. C. 3. qui post. 30 annor. (7, 39.)

absolut gesetzt, ohne Rücksicht auf die persönliche Klage des Hauptschuldners, wegen der die Pfandschuld verjährt ist, oder nicht, woraus denn die Parthei, welche behauptet, durch Verjährung der Klage werde noch nicht das ganze Recht vernichtet, ein Nebengrund für ihre Theorie abgeleitet hat. Die Vertheidiger der entgegengesetzten Theorie haben dagegen mit allerlei Fiktionen sich zu helfen gesucht. Allein erwägt man, wie das römische Recht auch bei veränderten Umständen nur zu leicht bei dem Buchstaben der alten Gesetze blieb, und hier in eben diesem Geiste auch nach Einführung einer allgemeinen

Präscription der Klagen bleiben konnte, weil nun einmal das Edikt bei Einführung der actio Serviana allgemein gesagt hatte: der Gläubiger solle diese Klage behalten, bis er bezahlt oder befriedigt sey, und daß daher die Juristen den Pfandkläger als ein selbstständiges Separatum behandelten, so ist damit die Sache, wenn sie auch an sich nicht konsequent war, besonders mit Rücksicht auf die bekannte Einfalt des Kaisers Justinian recht gut historisch erklärt, ohne daß man deßwegen genöthigt ist, in Betreff der Klagenverjährung überhaupt etwa anzunehmen, was nach §. 1019 im Allgemeinen den Gesetzen widerstreitet. Viel Gutes hat hierüber gesagt

Büchel not. l.

wozu er auch noch Nachträge gegeben hat in seinen civilrechtl. Erörterungen 2. Hft. S. 141.

§. 1024.

Ad voc. Vindicatio des Minderjährigen.

Wenn man bei allgemeinen Regeln stehen bleibt, so muß man sagen: Ein **minor** kann wegen nichtig veräußerter Sachen 30 Jahre klagen, welche Zeit nach der 3. Anmerkung zu §. 1014 schon während der Minorität läuft; sind aber seine Sachen so veräußert, daß er sie erst durch **restitutio in integrum** wieder bekommen kann, so gelten *für ihn die in* §. 1022 erwähnten Restitutionsfristen. Nun aber ist in

l. 3. C. (5, 34.)

dieß verordnet: wenn die Sache eines **minor**, welcher unter Curatel steht, oder **venia aetatis** erhalten hat, ohne Dekret veräußert ist, so soll 1 Jahr nach der Majorennität die Verjährung als gültig genehmigt behandelt werden. Da indeß Sachen der **Minorum** auch nicht einmal **pro decretum** gültig verschenkt werden können, so soll hier, wenn ein **Imobile** verschenkt wird, nach erlangter Majorennität für Gegenwärtige ein Termin von 10 und für Abwesende 20 Jahre gesetzt seyn. Ueber diese Vorschrift ist nun mancher Streit, und zwar besonders über folgende Punkte:

1) Das Gesetz redet nur von Minoribus und nicht von Pupillis. Dennoch schließe man von dem ersten auf den letzten, aber nach den Grundsätzen über Ausdehnung korrelatorischer Gesetze in §. 51 ganz verkehrt.
2) Aus demselben Grunde muß man denen widerstreiten, welche jenes Quinquennium auch annehmen, wenn die Nullität nicht in dem Mangel eines Dekrets, sondern in andern Gründen liegt.
3) Wegen der Worte: qui eam fecit wollen manche die l. 3. C. nur anwenden, wenn der Minor selbst, aber nicht, wenn sein Curator für ihn veräußert hatte. Allein juristisch ist das Letzte eben so gut, als ob er es selbst gethan hätte, und der Anfang der Gesetze geht auch absolut auf alle Fälle, wo ohne Dekret veräußert ward.
4) Unrichtig wird jenes Quinquennium von Manchen ein Verjährungstermin genannt, denn nach dem Gesetz wird hier eine Ratihabitio tacita angenommen. Man kann hier also nicht die allgemeinen Requisiten der Verjährung fordern, z. B. keine bona fides und keine possessio continua.
5) Warum Justinian nur verschenkte Immobilien nennt, läßt sich nicht wohl einsehen, da er indeß über Mobilien nichts sagt, so müsse man in Ansehung ihrer das annehmen, was er nach allgemeinen Grundsätzen hätte sagen sollen, nämlich, daß in Beziehung auf nulliter verschenkte Mobilien gleich nach erlangter Majorennität die dreijährige Präscription eintritt.

§. 1026.

Ad voc. Auch Servituten.

Zur gehörigen Einsicht dieser ganzen Lehre ist es nöthig, das man hier so unterscheide:

I. Die beiden wichtigsten Personalservituten, nämlich usus-fructus und usus, gingen an Mobilien in einem Jahr, an

Immobilien in 2 Jahren verloren, ohne daß er dazu eine usucapio libertatis d. h. eine positiv abwehrende Anmaßung des Herrn, der Diener die Sache verlange, Justinian stets aber in

l. 16. §. 1. C. (3, 35.)

den Termin nach Maßgabe der Gegenwart oder Abwesenheit auf 10 und 20 Jahren setzte, ohne Arten der Sachen zu unterscheiden, daher es offenbar falsch ist, wenn

Glück 9. S. 369

für Mobilien den Termin auf 3 Jahre setzt. Allein gehört jetzt auch noch eine usucapio libertatis zu dieser Erlöschungsart? Viele bejahen dieses und namentlich auch

Buchholz not. u. cit.

weil Justinian in

l. 16. C. cit.

den Verlust durch bloßen non usus verwerfe und dasjenige verlange, womit man bei der rei vindicatio den wahren Eigenthümer zurücktreiben könne, welches ja gerade in einer possessio contraria bestehen müsse, worin er auch verblieben sey, warum Justinian in

§. 3. J. (2, 4.)

quia non utendo per modum et tempus rede. Allein das letzte Argument ist gewiß verkehrt, denn wenn man davon rede, Jemand müsse per modum nicht gebraucht haben, so kann zu seinem non uti per modum nicht dasjenige gezählt werden, was andere Personen nicht positiv zu thun haben. Also kann man jene Worte nur auf den andern bekannten Satz beziehen, daß gänzlicher Verlust erst aus dem gänzlichen Nichtgebrauch erfolgt. Die

l. 16. C.

sagt: wenn man Justinians eigene Erklärung in

l. 13. C. (3, 34.)

vergleicht, nichts weiter, als die alten kurzen Zeiten sind unbillig und es sollten dafür 10 und 20 Jahre an deren Stelle treten.

II. Was die Servitus reails betrifft, so galt früher nach

C. 6. (S, 2.)

der Satz: Rusticae werden durch bloßen non usus, urbanae aber dann erst verloren, wenn zu dem non usus des Servitutenberechtigten noch die usucapio libertatis des Herrn der dienenden Sache hinzukam. Justinian änderte in

l. 13. C.

in Betreff jener Unterscheidung nichts, sondern setzte nur 10 und 20 Jahre statt der frühern 2. Woher jene Unterscheidung kam, weiß niemand. Manche wollen die Sache mit den rebus mancipi in Verbindung bringen, aber gewiß verkehrt, weil hier ja der ususfructus, obgleich er res nec mancipi war, in Betreff der Verlusten durch bloßen Nichtgebrauch, der servitutibus praedrusticis, welche doch zu den rebus mancipi gehörte, gleich stand.

Unterholzner 2. Bd. S. 192.

Andere haben daher gesagt, jene Unterscheidung komme daher, weil eine Servitus urbana stets ein opus manufactum erfordere, oder stets negativ sey, welches offenbar falsche Träumereien sind. Es bleiben hier also nur 2 Auswege, nämlich entweder, daß man mit Eichmann not. s. die

l. 6. cit.

als einer Unvernunft den Gehorsam aufsagt, oder daß man sich mit Rücksicht auf die prosaische juristische Vernunft an den juristischen Gehorsam hält, wie es auch die römischen Klassiker in ähnlichen Fällen thaten. Der Verfasser des Comp. hat das letzte stets gethan, und so that es auch zuletzt wieder

Buchholz und Fritz Erläuterungen 2. Hft. S. 324.

welches jedoch nicht von der habitatio gilt, da die Römer auf die aus dem Mitleid entstehende Almosenrechte überhaupt keine strenge Grundsätze, also auch nicht die der Verjährung anwendeten und da die Habitatio nach der Anmerkung zu §. 762 als Almoseninstitut behandelt war, so ist dieser Satz des Comp. leicht erklärt. Daß hier noch der Usus der habitatio gleich zu stellen sey, behauptet

Unterholzner not. u. cit.

und zwar wegen

l. 10. pr. de usu. (7, 8.)

Allein dieses Gesetz redet nur von dem, was der Usuar *thun* kann. Die Verjährbarkeit des Usus ist nach

l. 3. §. 3. (7, 1.)

ganz wie bei dem Usus fructus.

§. 1028.

Ad voc. Privilegien.

Wir haben über die Erlöschung der Privilegien durch Verjährung kein besonderes allgemeines Gesetz. In

l. 1. (50, 11.)

ist bloß von dem besondern Fall eines Privilegii, Jahrmarkt zu halten, die Rede, wo 10 Jahre gesetzt sind. — Nach der Strenge kann man nur sagen, was jetzt auch

Fritz not. e. cit.

behauptet hat: Privilegien gehen durch bloßen **non usus** nicht verloren, wenn nicht durch sie ein Recht ertheilt ist, welches an sich durch **non usus** verloren geht; wohl aber erlöschen sie, wenn sie nach statt gehabter Anfechtung unter die Prinzipien der **praescriptio longissimi temporis** der Klage fallen, oder wenn ein Anderer durch Acquisitiv-Verjährung *ein* Recht erwirbt, welches indirekt die Privilegien untergräbt. Die mehrsten Praktiker haben indeß bisher einen Verlust der Privilegien durch bloßen **non usus** von 30 Jahren angenommen.

§. 1032.

Ad voc. Die Civilerruption.

In den ältern Zeiten, als es bloß eine **usucapio** und **longi temporis praescriptio** gab, kannten die Römer gar keine **interruptio civilis** durch Prozesse, und es ist ganz verkehrt, wenn man oft, besonders in Beziehung auf die **longi**

temporis praescriptio, das Gegentheil behauptet hat. Denn die Gesetze in not. y. z. ergeben, daß stets während des Prozesses die Sache vom Beklagten verjährt werden konnte, daß er aber, wenn er den Prozeß verlor, die Sache als für den Kläger verjährt, an denselben heraus geben mußte; wie es neuerlich von Unterholzner, Keller und Buchholz not. y. anerkannt ist. Justinian hat daran nichts geändert, außer, daß er für alle Verjährung nach not. s. die Interruption angeordnet hat, wenn der Gegentheil physisch oder juristisch abwesend sey und gegen den Lauf der Verjährung von öffentlichen Behörden protestirt werde.

Für die Klagenverjährung giebt es aber zwei Interruptionen, nämlich so:

1) Prätorische Analklagen werden so perpetuirt, wie es in §. 32 num. 3 gesagt ist.

2) Ehemals wurden alle Klagen durch Litis contestatio perpetuae. Justinian und die Päbste haben aber nach dem Gesetze in

not. x.

angenommen, schon durch die Citation erfolge die Interruption, und dann dauert jede Klage noch 40 Jahre, die man vor der letzten Art der unvollendet gebliebenen Prozesse, zu rechnen habe.

Da übrigens keine Arten der Klagen hier durch die Gesetze unterschieden werden, so muß man die Behauptung von

Kori §. 167.

zugeben, daß es einerlei ist, ob auf eine possessorische oder auf eine petitorische Klage die Citation erfolge. Allein wenn Kori §. 154 am Ende auch den Klagen eine interrumpirende Kraft beilegt, welche angebrachtermaßen verworfen wurde, so muß man dieß leugnen, weil wir bekannte Gesetze haben, daß alles, was juristisch verkehrt war, als nicht vorhanden zu betrachten ist.

§. 1033.

Ad voc. Praescriptio conventionalis.

In

L. 5. C. 2. 41.

hat Justinian verordnet, gegen Minores solle keine praescriptio temporalis laufen, sondern nur die praescriptio longissimi temporis. Manche haben dieß auch auf die jetzt sogenannte praescriptio conventionalis, testamentaria und judicialis erstrecken wollen. — §. 1002. — Allein kein Römer nennt diese eine praescriptio, also fallen sie nicht unter die Worte der

L. 5. Cit.

welche auch als lex correctoria nach §. 51 analogisch gegen das ältere Recht ausgedehnt werden darf. In Ansehung jener, erst durch neuere Juristen s. g. Praescription bleibt es also bei den Vorschriften der Gesetze in not. b. und bei der

L. 17. §. ult. C. (3, 1.)

daß zwar mit Ablauf der gesetzten Zeit nach der Strenge das Recht erlöscht, daß aber der Minor als solcher dagegen restitutio in integrum suchen kann.

Ad voc. Nicht restituirt.

Dieser Satz ist oft geleugnet, und zuletzt wieder von

Burchardi not. d.

indem er meint, wenn Justinian in

l. 5. C. (2, 41.)

sage, es sey besser, daß man bei allen Temporal-Präscriptionen die Last der Restitution von den Minoribus abwende, und gar keine Verjährung gegen ihn laufen lasse; jedoch bei der praescriptio longissimi temporis das Gegentheil statt finde, so sey eben mit den letzten der Gegensätze wegen ausgedrückt, daß die praescriptio longissimi temporis salva restitutione gegen Minores laufe. Der Verfasser des Comp. ist aber bei seiner alten Lehre geblieben, und wahrscheinlich aus folgenden Gründen:

1) In L. 5. C. spricht Justinian über die praesc. longissimi temp. nur aus, es solle in Ansehung ihrer bei dem bisherigen status bleiben. Daher ist nun aber in

l. 3. 4. C. (7, 39.)

klar dahin angegeben, daß mit Ausnahme der Pupillen (Anmerkung zu §. 1014 num. D.) gegen die praesc. longiss. temp. nichts schützen solle, namentlich auch nicht Minor aetas et absentia. In der Regel besteht ja eben der besondere Schutz des absens nur darin, daß er gegen die Verjährung restituirt werde. Darüber setzten Constitutionen noch aufs nachdrücklichste hinzu, daß nach 30 und 40 Jahren der Besitzer ganz in Ruhe gelassen werden solle, welches letzte doch nicht der Fall wäre, wenn ihm ex causa restitutionis die Sachen wieder abgenommen werden könnten.

2) Die praescriptio longissimi temporis hat nach der Anmerkung zu §. 1002 gerade den Hauptzweck, daß zu alte Sachen nicht wieder aufgerührt werden sollen, und dieses Aufrühren würde doch statt finden, wenn post. longiss. temp. noch immer Restitution gesucht werden könnte.

Ad voc. Die letzte nicht.

Man konnte Justinians Vorschrift in

l. 5. C. (2, 41.)

daß gegen Minores die praescriptiones temporales nicht laufen sollten, natürlich auf Corporationen, welche sonst die jura minorum haben, nicht anwenden, weil sie nie Majores werden. Also ließ man es bei der Regel bewenden, daß solche praescriptiones salva restitutione gegen sie laufen. Viele gestatten ihnen indeß gegen die praescript. longiss. temp. keine Restitution, und das hat auch nach römischem Recht die besten Gründe für sich, wie in voriger Anmerkung gezeigt ist. Dennoch giebt es eine Parthei, welche

wegen der in not. 12 citirten clementina den Kirchen auch gegen die praescript. longiss. temp. Restitution gestatten. Allein jene Decretale enthält nur ein ganz unbestimmtes Rescript über einen unbekannten Fall, und muß also nach der Regel, daß leges contrariae im Zweifel nicht anzunehmen sind, bloß auf die Fälle bezogen werden, wenn gegen Kirchen an sich, z. B. bei Mobiliarklagen eine praescriptio temporalis, jedoch salva restitutione läuft.

§. 1034.

Ad voc. Keine praescriptio longissimi temporis ist.

Manche Praktiker, denen auch

Burchardi not. n.

beigetreten ist, haben das Gegentheil behauptet, aber mit Recht hat ihnen Unterholzner widersprochen. Die Gründe, warum man es thun muß, sind schon in der zweiten Anmerkung zu §. 1033 angegeben. Ebenso muß man der Behauptung von Kori widerstreiten, daß nicht einmal gegen die 20jährige Präscription restituirt werde, wo die Gesetze der Abwesenheit wegen, 20 statt 10 Jahre setzen, weil hier die Verdoppelung der Zeit für ein absens die Stelle der Restitution vertrete. Diese Idee ist aus folgenden Gründen zu verwerfen.

1) Das Edict verspricht allgemein den absentibus Restitution, ohne zwischen der praescriptio von 10 und 20 Jahren zu unterscheiden.

2) Die absentia, wegen deren 20 statt 10 Jahre gesetzt sind, erfordert durchaus keine Schuldlosigkeit, sondern nur das habitare in alia provincia. Die absentia, wegen deren restitutio ertheilt wird, muß aber nach §. 694 als Entscheidungsgrund auf eine ganz eigene Art qualifizirt seyn.

§. 1035.

Ad voc. Unvordenkliche Verjährung.

Sowohl die einheimischen als rezipirten Gesetze in

not. q.

haben die unvordenkliche Verjährung, als **ultimum refugium** anerkannt, welcher den Besitzer schütze, auch wo es keine **praescriptio definita** gebe, und welche wie eine **lex** wirke. Leider haben jene Gesetze wenig Genaues gesagt, und damit sind denn die Ausleger in einen allgemeinen Krieg geführt, wie man es am besten aus der neuen Abhandlung von

Pfeiffer not. p.

ersehen kann. Folgende wesentliche Punkte sind hier auszuheben:

1) Weil die Gesetze den unvordenklichen Besitz als etwas behandeln, was noch helfe, wo der Erwerb auf andere Weise nicht möglich seyn würde, und die Kraft einer **lex** habe, so hat unsere Praxis in der Regel angenommen: die **praescriptio immemorabilis** gelte juristisch nicht als ein eigentlicher Erwerb, sondern als **praesumtio juris et de jure** einer **justa adquisitio**, die früher statt gefunden habe, und jetzt bloß nicht mehr erwiesen werden könne. Daher denn auch alle möglicherweise erworbenen Rechte, wie z. B. Hoheitsrechte, durch unvordenklichen Besitz erworben werden könnten. Man kann freilich gegen diese Idee theoretische Zweifel erregen. Da hier die Päpste bei einem Besitz **ultra hominum memoriam** das Wort **praescriptio** gebrauchen, wovon die Römer nichts wissen.

Pfeiffer S. 58 seq.

Allein die Praxis war stets entschieden für diese Idee, wogegen im römischen Recht nichts ist, und welche auch den natürlichen Grund für sich hat, daß Beweisurkunden nach langer Zeit in der Regel gehen, und daß durch einen ungerechten Erwerb nicht das Gewöhnlichste

genannt werden kann, wenn es auch von denen präsumirt wird, welche nach ihrer Phantasie die Welt willkührlich gestalten möchten.

2) Zum unvordenklichen Besitz als solchem gehört gewiß eine **possessio non interrupta.** Allein wie, wenn ein **titulus** oder **bona fides** fehlt? Darüber ist viel gestritten. Offenbar kann man nun keinen **titulus** fordern, weil die Gesetze gerade in Ermangelung eines **titulus** die unvordenkliche Verjährung zulassen. In Betreff der **bona fides** kann man Bedenken erregen, wenn man annimmt, es sey hier volle **praesumtio justae adquisitionis.** Denn wenn eine Sache einer Person wirklich gehört, so verliert sich ja diese Sache nicht dadurch, daß man sich vorstellt, die Sache gehöre einem andern. Allein man kann doch die Sache umdrehen, weil die Päbste, obgleich mit Unvorsichtigkeit, nun einmal von einer **praescriptio immemorialis** geredet, daneben aber nach der Anmerkung zu §. 1008 den absoluten Satz aufgestellt haben, daß durchaus keine **praescriptio** ohne **bona fides** gelte.

Pfeiffer S. 28—35.

Von den sogenannten **interruptionibus civilibus** (§. 1032.) kann hier gar nicht die Rede seyn, weil sie in dem Gesetze nur mit Rücksicht auf die **praescriptio definita** vorkömmt, und eben so wenig kann hier die Rede seyn von einer **restitutio in integrum** gegen die **praescriptio indefinita**, indem diese Restitution nach der Anmerkung zu §. 1033 nicht einmal gegen die **praescriptio definita longissimi temporis** zugelassen wird.

Pfeiffer S. 20—28. 95—98.

3) Nach den Gesetzen in

not. q.

geht hier das Beweisthema, welcher den unvordenklichen Besitzstand behauptet, nicht auf volle Unbestimmtheit

oder auf ewige Zeiten, wie es Manche annahmen, die daher auch den Gegenbeweis gelten lassen, wenn er durch ein bestimmtes initium dargethan wird; sondern das Beweisthema geht bloß darauf, daß die Zeugen sagen: sie hätten den behaupteten Zustand stets so gesehen und von ihren Vorfahren gehört, daß diese das Gegentheil gesehen hätten.

4) Die Gesetze nennen hier als Beweismittel nur Zeugen. Da nun die praescriptio immemorialis ein Supplement der praescriptio definita seyn soll, welche letzte nach römischem Recht auf 40 Jahr steigen kann, so verlangt man zum unvordenklichen Besitz eine Zeit, welche länger ist als 40 Jahre, worüber wieder

genauer gehandelt hat; mithin auch Zeugen, welche über 40 Jahre hinaus ihre Wissenschaft attestiren können. Hier hat man nun geschwankt über das Alter von 54 oder 50 Jahren; weil Einige sagten, aus der Zeit des impubertas könne man nichts wissen, während andere gewiß besser sagten, man könne recht gut etwas daraus wissen, aber nur gewiß nicht in der Impubertät Zeugniß darüber ablegen, wohl aber in den spätern Jahren.

Pfeiffer 48—54.

Urkunden nennen die Gesetze nicht, und so werden sie von Manchen ausgeschlossen. Allein wo sie klar beweisen, was auch ein Zeuge sagen kann, da ist kein Grund zu ihrer Ausschließung. Auch über Eide ist hier wegen Schweigen der Gesetze viel Streit. Es muß darüber aber offenbar das gelten, was in der Anmerkung §. 1020 über Eide beim Beweis des Gewohnheitsrechts gesagt ist, nämlich bei einem wenigstens halb geführten Beweise ist dem Beweisführer das juramentum suppletorium zu gestatten, aber nur de veritate, weil der bloße Glauben nicht beweist, und ebenso ist auch das juramentum delatum nach gewöhnlichen Regeln zu-

läſſig; doch darf man dabei die Regel nicht vergeſſen: **inter tertios acta tertiis nec nocent nec possunt.** Jeder Beweis der unvordenklichen Verjährung, er ſey nun durch Zeugen, Urkunden oder Eide geführt, hat nur Rechtskraft unter den ſtreitenden Partheien, ſchadet aber nachher dritten Perſonen nicht, wenn dieſe unter ſich über daſſelbe Object ſtreiten ſollten.

Nachricht für den Buchbinder.

Der am 27ſten Bogen angedruckte Titel iſt der gültige; dagegen iſt der am 15ten Bogen angedruckte Titel als überflüſſig abzuſchneiden.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Thibaut, Anton Friedrich Justus,

Erörterungen einzelner Lehren des Römischen Rechts ein Commentar zu der achten Auflage des Pandekten-Recht von F. A. J. Thibaut

Bd.: 2

Stuttgart (1836)

J.rom.c. 132 hw-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565357-6